

Det biologiske prinsipp i barnevernretten

Skrevet av kandidatnummer 159826

Antall ord er 14931

Avhandlingen er veiledet av Gudrun Holgersen

INNHOOLDSLISTE

1. NOEN INNLEDENDE ORD OM AVHANDLINGENS TEMA OG METODE	3
1.1 GENERELT OM TEMA.....	3
1.2 RETTSKILDER	4
1.3 OPPLEGGET VIDERE	4
2. DET BIOLOGISKE PRINSIPPET I EN RAMME	6
2.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER	6
2.2 KORT OM NOEN UTVIKLINGSTREKK.....	6
2.3 NOEN RETNINGSLINJER FOR HVORDAN DET BIOLOGISKE PRINSIPPET SKAL FORSTÅS.....	6
2.4 DET BIOLOGISKE PRINSIPP I FOLKERETTEN	8
2.4.1 Innledende bemerkninger.....	8
2.4.2 Det biologiske prinsipp i barnekonvensjonen	8
2.4.3 Det biologiske prinsipp i EMK	9
3. EN KORT PRESENTASJON AV LOVGIVNINGEN	11
3.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER	11
3.2 BARNEVERNLOVEN § 4-4 OM HJELPETILTAK	11
3.3 BARNEVERNLOVEN §§ 4-10 OG 4-11 OM UNDERSØKELSE OG BEHANDLING	12
3.4 BARNEVERNLOVEN § 4-12 OM OMSORGSOVERTAKELSE	13
3.5 BARNEVERNLOVEN § 4-19 OM SAMVÆRSRETEN.....	14
3.6 BARNEVERNLOVEN § 4-20 OM FORELDREANSVAR OG ADOPSJON	15
3.7 BARNEVERNLOVEN § 4-21 OM TILBAKEFØRING.....	16
4. EN PRESENTASJON AV PRINSIPPET OM BARNETS BESTE	18
4.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER	18
4.2 GENERELT OM BARNETS BESTE	18
4.3 BARNETS BESTE I § 4-1 OG FORHOLDET TIL TILBAKEFØRING ETTER § 4-21	21
4.4 BARNETS EGEN MENING I VURDERINGEN AV BARNETS BESTE	22
5. I DYBDEN AV DET BIOLOGISKE PRINSIPP	24
5.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER	24
5.2 HVORDAN HØYESTERETT VEKTLIGGER DET BIOLOGISKE PRINSIPP I SAKER OM TILBAKEFØRING AV BARN ETTER OMSORGSOVERTAKELSE	24
5.2.1 Saker hvor foreldrene har fått medhold	24
5.2.2 Saker hvor foreldrene ikke har fått medhold.....	27
5.3 HVORDAN SKAL DET BIOLOGISKE PRINSIPP AVVEIES MOT ANDRE HENSYN?	30
5.3.1 Generelt om avveiningen.....	30
5.3.2 Et videre anvendelsesområde for det biologiske prinsipp?	32
5.4 KAN EN STERK VEKTLEGGING AV DET BIOLOGISKE PRINSIPP SKADE BARNETS INTERESSER?	32
6. AVSLUTTENDE VURDERINGER OG KONKLUSJONER	34
7. LITTERATURLISTE.....	36

1. Noen innledende ord om avhandlingens tema og metode

1.1 Generelt om tema

I denne avhandlingen vil jeg behandle det biologiske prinsipp som er ett av de fire grunnleggende prinsipper i barnevernretten, og som omhandler at barn fortrinnsvis skal vokse opp hos de biologiske foreldrene. Det biologiske prinsipp er ikke lovfestet, men kommer klart til uttrykk i forarbeidene til barnevernloven: ”Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytningen til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet.”¹ Når barnevernsmyndigheten skal foreta et inngrep i forholdet mellom biologiske foreldre og barn, er man innenfor legalitetsprinsippets kjerneområde. Legalitetsprinsippet anses for å være konstitusjonell sedvanerett, og innebærer at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn i borgernes rettssfære uten lovhjemmel.² Lov om barneverntjenester, lov av 17. juli. Nr. 100. 1992 (heretter kalt barnevernloven eller bvl.), gir hjemmel til å foreta inngrep i forholdet mellom foreldre og barn.

Det biologiske prinsipp må ses i sammenheng med de tre andre grunnleggende prinsippene, hensynet til barnets beste, prinsippet om riktig hjelp til rett tid og det mildeste inngreps prinsipp. I tillegg til å redegjøre for det biologiske prinsipp, vil jeg også presentere prinsippet om barnets beste og det mildeste inngreps prinsipp, ettersom det er mange tilknytningspunkt mellom disse prinsippene. Jeg vil ikke redegjøre nærmere for prinsippet om riktig hjelp til rett tid. Prinsippene kalles for grunnleggende fordi de spiller en stor rolle i avgjørelsesprosesser etter barnevernloven. De ligger til grunn for barnevernloven og de uttrykker grunnleggende verdier som samfunnet vårt bygger på.³ Barnets beste er det overordnede prinsippet, og de tre andre prinsippene henger sammen med barnets beste og er ofte et ledd i vurderingen av barnets beste. For eksempel er det i de fleste tilfeller til barnets beste å få bo sammen med de biologiske foreldrene, og det er til barnets beste å få riktig hjelp til rett tid. Det er også til barnets beste at det ikke foretas et større inngrep enn nødvendig. For eksempel vil det ikke være til barnets beste å skille barnet fra sine biologiske foreldre dersom problemene kan bli avhjulpet med tiltak i hjemmet. Jeg skal se nærmere på hensynet til barnets beste og forholdet til det biologiske prinsipp i avhandlingens kapittel 4.

Barnevernets virksomhet har en viktig side til det mildeste inngreps prinsipp. Dette prinsippet stiller krav om at det ikke skal foretas et større inngrep i forholdet mellom foreldre og barn enn det som er nødvendig. Det mildeste inngreps prinsipp er nedfelt i flere av bestemmelsene om tiltak i barnevernloven, og jeg vil derfor behandle prinsippet underveis i presentasjonen av

¹ NOU1985: 18 s. 171.

² Eckhoff/ Smith, s. 307 følgende og Andenæs, s. 166 følgende.

³ Stang s. 30.

tiltakene i avhandlingens kapittel 3. Det biologiske prinsipp og det mildeste prinsipp vil ofte trekke i samme retning, og sammenhengen mellom disse to prinsippene vil jeg også behandle i kapittel 3.

Det er ikke mulig å komme frem til en fasit i forhold til hvordan det biologiske prinsippet skal anvendes i hver enkelt sak. Det er mye skjønn i avgjørelser etter barnevernloven, og hvor mye vekt det biologiske prinsippet skal tillegges må vurderes konkret fra sak til sak. Målet med denne avhandlingen er derfor å gi en generell presentasjon av det biologiske prinsippet, og vurdere hvordan det skal avveies mot andre hensyn, for eksempel hensynet til barnets beste.

1.2 Rettskilder

Når man tar for seg det biologiske prinsippet tenker man først og fremst på hvilken betydning dette prinsippet har i forhold til omsorgsovertakelsessaker. I slike saker har det biologiske prinsipp en forhåndsbundet stor vekt i den skønnspregete vurdering etter barnevernloven § 4-12. I forbindelse med en slik vurdering skal verdien av en oppvekst hos de biologiske foreldrene vektlegges. Det er likevel ikke mange saker i høyesterettspraksis som er egnet til å belyse dette i særlig grad. Dette skyldes at det tar lang tid før en sak om omsorgsovertakelse kommer opp for Høyesterett, slik at i realiteten får dette karakter av en tilbakeføringssak. Se for eksempel Rt.2006/1308 i avsnitt 33, hvor Høyesterett sier følgende: ”Saken skal vurderes i forhold til kriteriene i § 4-12, selv om D i dag bor i fosterhjem, slik at det reelt sett er tale om tilbakeføring, jf. lovens § 4-21.” Hvis jeg skulle ha redegjort for det biologiske prinsipp i forhold til saker om omsorgsovertakelse, måtte jeg ha foretatt egne undersøkelser av praksisen i fylkesnemndene og i tingrettene. Avhandlingen ville da ha fått et preg av en retts sosiologisk analyse, hvor det foretas en beskrivelse av praksis uten noen rettslige konklusjoner med tyngde. Jeg ønsker at avhandlingen skal ha et rettslig innhold, og det medfører at jeg må anvende den Høyesterettspraksis som finnes. Opphør av omsorg og tilbakeføring har vært behandlet av Høyesterett flere ganger, og etter søk på lovdata fant jeg totalt 18 dommer om tilbakeføring. Av plasshensyn kan jeg ikke analysere alle dommene, slik at jeg har valgt ut 8 dommer som er godt egnet til å illustrere problemstillingen. For å vurdere hvilken vekt det biologiske prinsippet har og hvordan det avveies mot andre hensyn, skal jeg analysere 8 tilbakeføringssaker fra årene 1982 til 1997.

Andre rettskilder jeg vil benytte meg av er forarbeidene til barnevernloven og relevant teori. Det er nødvendig å gå inn i disse rettskildene også for at redegjørelsen av det biologiske prinsipp skal bli så grundig som mulig.

1.3 Opplegget videre

I avhandlingens kapittel 2 skal jeg plassere det biologiske prinsipp i en ramme ved å se litt på noen utviklingstrekk, samt forarbeidenes uttalelser om det biologiske prinsipp. Som en del av rammen vil jeg også behandle relevante artikler i Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (heretter kalt EMK), og FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter kalt barnekonvensjonen). I kapittel 3 vil jeg foreta en presentasjon av tiltakene i kapittel 4 i barnevernloven, herunder redegjøre for barnevernlovens

adgang til å foreta inngrep i forholdet mellom foreldre og barn. I tillegg vil jeg vurdere hvordan det biologiske prinsipp gjør seg gjeldende i de ulike bestemmelsene. I avhandlingens kapittel 4 vil jeg presentere prinsippet om barnets beste, og sammenligne det med det biologiske prinsipp. Barnets rett til å bli hørt er en viktig del av prinsippet om barnets beste, og jeg vil derfor redegjøre for dette også. I avhandlingens kapittel 5 vil jeg gå i dybden av det biologiske prinsipp og foreta analyser og egne vurderinger av høyesterettspraksis i tilbakeføringssaker. I dette kapitlet vil jeg også oppsummere de ulike hensynene som kan ha vekt i en tilbakeføringssak, og se på problemstillingen om hvordan det biologiske prinsipp skal avveies mot andre hensyn. Jeg vil også ta for meg problemstillingen om en sterk vektlegging av det biologiske prinsipp kan skade barnets interesser. I kapittel 6 vil jeg komme med noen avsluttende vurderinger og konklusjoner på problemstillingene som avhandlingen har reist, og jeg vil foreta noen de lege ferenda-betraktninger omkring dette.

2. Det biologiske prinsippet i en ramme

2.1 Innledende bemerkninger

I dette kapitlet skal jeg kort ta for meg noen utviklingstrekk ved det biologiske prinsipp, og se på noen hovedretningslinjer for den alminnelige oppfatning av hvordan prinsippet skal forstås. For å få en bedre forståelse er det nødvendig å se på noen uttalelser i forarbeidene til barnevernloven. Både Sosiallovutvalget og Storkomiteen har uttalt seg om sider ved det biologiske prinsipp som er av interesse for avhandlingen. Som en del av rammen vil jeg også redegjøre for bestemmelser i barnekonvensjonen og EMK som kan gi uttrykk for det biologiske prinsipp.

2.2 Kort om noen utviklingstrekk

Det tradisjonelle synet i Norge er at foreldrene selv skal sørge for og oppdra sine barn, og at dette er en naturlig del av vår samfunnsordning.⁴ Det biologiske prinsipp kom ikke direkte til uttrykk i barnevernloven av 1953, men i følge forarbeidene prioriterte loven det biologiske hjem fremfor å plassere barnet utenfor hjemmet eller i institusjon. I følge forarbeidene var det beste for barn å vokse opp i et naturlig familiemiljø sammen med sine egne foreldre og søsken, selv om det var visse mangler ved hjemmet. Det het at "[e]t barn er likevel som oftest knyttet til heimen – far, mor og søsken – med så sterke følelsesmessige bånd, at det kan føre til alvorlige psykiske skader for barnet om disse bånd blir revet over".⁵

Dette viser at det biologiske bånd stod sterkt etter 1953-loven. Grunnsynet var at man i det lengste burde søke å hindre at barnet ble plassert utenfor hjemmet i institusjon eller fosterhjem.⁶ Som vi vil se i neste avsnitt var det biologiske prinsipp også sterkt vektlagt ved innføringen av ny barnevernlov i 1992.

2.3 Noen retningslinjer for hvordan det biologiske prinsippet skal forstås

I forarbeidene til barnevernloven av 1992 uttalte Sosiallovutvalget følgende:

"Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna – kanskje problemer av alvorlig karakter – er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.

⁴ NOU2000: 12 pkt. 5.5.

⁵ Innstilling fra Barnevernkomiteen I. Lov om barnevern 1951, s. 37.

⁶ Innstilling fra Barnevernkomiteen I. Lov om barnevern 1951, s. 38.

Dette betyr ikke i seg selv en nedprioritering av barnets interesser. Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke.”⁷

Denne uttalelsen innebærer at det biologiske faktum er akseptert som et grunnlag for den rettslige reguleringen av forholdet mellom foreldre og barn også i dag. Barnevernets rolle skal være subsidiær, og det er først når foreldrene svikter i sin omsorg at barnevernet kommer på banen. Statsråd Grete Berget uttalte ved behandlingen av den nye lov i Stortinget: ”Barnevernets jobb starter når foreldrene ikke makter sin. La meg også understreke at barneverntjenesten har som utgangspunkt at det beste barnevern er at barn får vokse opp hos sine foreldre. Dette er en av bærebjelkene i den nye loven”.⁸

Det fremgår av forarbeidene til barnevernloven av 1953, at en bare i nødsfall bør skille barn fra foreldrehjemmet.⁹ Høyesterett ga uttrykkelig tilslutning til disse forarbeidene på s. 770 i Rt. 1982 s. 764, og ingenting i den nye loven tilsier en større adgang til å flytte barn fra foreldre enn etter loven av 1953.¹⁰ En enstemmig Storkomité ga i innstilling til ny lov uttrykk for følgende: ”Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ” (s. 15). ”Det er viktig at de tiltak barnevernet må igangsette for barnets del, ikke utformes på en måte som unødvendig bryter bånd mellom barn og biologiske foreldre”, og videre: ”I de fleste barnevernssaker er målet tilbakeføring til familien” (s. 6).¹¹

Det biologiske prinsipp henger som nevnt sammen med de andre grunnprinsippene. I den siterte uttalelsen fra Sosiallovutvalget, sier de at ”utgangspunktet [er]...at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak.” Dette er en referanse til det mildeste inngreps prinsipp. Selv om det er problemer av alvorlig karakter i hjemmet så skal man ikke ta omsorgen fra foreldrene, men søke å bedre problemene med hjelpetiltak først.

Ettersom Sosiallovutvalget bygger på en klar oppfatning av at det er foreldrene selv som sørger for sine barn, blir vilkårene for inngrep i familielivet strenge. For eksempel skal tiltak som omsorgsovertakelse bare brukes i alvorlige situasjoner. Men det heter også at dersom det blir lagt for stor vekt på at det dreier seg om en unntaksregel, står man i fare for å sette barnets interesser til side.¹² I omsorgsovertakelsessaker vil det for eksempel ofte være en tøff avveining mellom de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og det biologiske prinsipp vil være ett av disse hensynene. Dette skal jeg komme nærmere tilbake til i kapittel 5.

⁷ NOU1985: 18 s. 157.

⁸ Stortingets forhandlinger (1991-92) s. 834.

⁹ Ot.prp. til barnevernloven av 1953, s. 12.

¹⁰ Lindboe 2003, s. 22.

¹¹ Inst. O. nr. 80 (1991-92) fra Forbruker- og administrasjonskomiteen i Stortinget.

¹² NOU1985: 18 s. 157.

2.4 Det biologiske prinsipp i folkeretten

2.4.1 Innledende bemerkninger

Barnekonvensjonen og EMK har en sentral plass i barnevernretten ettersom de er en del av norsk lov, jf. § 2 i menneskerettsloven, lov av 21. mai nr. 30. 1999 (heretter kalt mskrl.). Når barnevernsmyndigheten skal foreta et inngrep i forholdet mellom biologiske foreldre og barn, må inngrepet være i samsvar med de krav som stilles i disse konvensjonene. Etter mskrl. § 3 skal konvensjonene ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Dette gir EMK og barnekonvensjonen en trinnhøyde mellom grunnloven og annen lovgivning, noe som betyr at lovgiver har ønsket å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Ettersom barnekonvensjonen og EMK har en sentral plass på barnevernrettens område, er det av interesse for avhandlingens tema å presentere hva som følger av konvensjonene. En slik presentasjon vil ha sin betydning i forhold til den delen av avhandlingens tema, som omhandler en generell redegjørelse av det biologiske prinsippet.

2.4.2 Det biologiske prinsipp i barnekonvensjonen

I de senere år har barn fått en større anerkjennelse som individer med egne rettigheter, og barns rettigheter har fått en stadig større og mer sentral plass i den nasjonale rett. At barnekonvensjonen er gjort til norsk lov er et viktig signal fra lovgiver om at de ønsker å styrke barns rettsstilling.

Barnekonvensjonen fastslår allerede i innledningen at familien er samfunnets grunnleggende enhet og det naturlige miljø for vekst og velvære for barn. Det påpekes blant annet at barn bør vokse opp i et familiemiljø, i en atmosfære av glede, kjærlighet og forståelse. Barns rett til å bevare sin identitet, nasjonalitet og familieforhold står sentralt i konvensjonen. Foreldrene har en stor betydning for barnet fordi de vanskelig lar seg erstatte.¹³ Barnekonvensjonen art. 10 sikrer barns rett til å bli kjent med sine foreldre, til å få omsorg fra dem og til ikke vilkårlig å bli skilt fra foreldrene. Dette viser at det biologiske grunnsyn har verdi også på menneskerettsplanet. Som i nasjonal lovgivning åpner også art. 10 for å sette det biologiske prinsippet til side dersom andre mothensyn gjør seg sterkere gjeldende.

Etter barnekonvensjonen art. 7(1) har et barn ”så langt det er mulig, rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem.” Ordene ”så langt det er mulig” gjelder både barnets rett til å kjenne sitt opphav og retten til å få omsorg fra sine foreldre. Vilåret er strengt og det skal svært mye til for å nekte barnet rettigheter etter art. 7.¹⁴ Denne artikkelen understreker et av konvensjonens hovedprinsipper: barn har det vanligvis best hos sine foreldre.¹⁵ Hovedregelen etter barnekonvensjonen er at det er foreldrene selv som skal oppfostre sitt barn. Dersom

¹³ NOU2000: 12 punkt. 5.4.

¹⁴ Lassen og Stang ”Barnets rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet” i Høstmælingen m.fl. s. 133 og UNICEF 2007, s. 105.

¹⁵ Lassen og Stang ”Barnets rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet” i Høstmælingen m.fl. s. 133.

foreldrene svikter skal staten gripe inn. Dette samsvarer med det biologiske prinsippet i vår interne rett som sier at det er foreldrene som skal oppfostre sine barn, og at barnevernets ansvar er subsidiært.

Barnekonvensjonen art. 9(3) er relevant i forbindelse med saker om omsorgsovertakelse. Det heter der at man skal respektere barnets rett til ”personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig”, når foreldre og barn er atskilt. Barnevernloven § 4-19 gir barnet som hovedregel en rett til samvær med foreldrene ved omsorgsovertakelse, noe som samsvarer med BK art. 9(3). Som nevnt har retten til samvær en side til det biologiske prinsippet ved at en viss tilknytning mellom foreldre og barn blir bevart. Samvær med foreldrene er i seg selv en verdi for barnet og det er viktig med tanke på en senere tilbakeføring til de biologiske foreldrene.

2.4.3 Det biologiske prinsipp i EMK

Etter EMK art. 8(1) har ”enhver” rett til respekt for sitt privatliv, familieliv og sitt hjem. Med ordet ”enhver” omfattes også barn, slik at barn har rett til respekt for sitt privatliv. Lucy Smith sier i tilknytning til EMK art. 8 at respekt for familielivet i utgangspunktet må innebære ”at foreldrene har rett til å ha sine barn hos seg”.¹⁶ Stang utfyller dette: ”Omvendt har barn også rett til et familieliv etter EMK artikkel 8 – en rett som innebærer å få være hos sine foreldre og sammen med sine søsken...”.¹⁷ I nasjonal lovgivning har foreldre og barn et godt vern mot inngrep i familielivet, blant annet gjennom de strenge vilkårene som barnevernloven setter for inngrep, noe som samsvarer med kravene i EMK art. 8. Etter EMK art. 8 er det altså også et biologisk utgangspunkt, ved at foreldrene og barn har rett til respekt for sitt familieliv, og at inngrep i familielivet er et unntak med strenge vilkår.

I saken *Adele Johansen vs. Norway* (7/8-96), ble Norge dømt for konvensjonskrenkelse. Johansen ble fratatt datteren sin seks dager etter fødselen, og datteren ble plassert i fosterhjem med sikte på adopsjon. EMD fant at det var lovlig for inngrepet i familielivet, og det var i samsvar med formålet (EMD legger tilleggsstatene en vid skjønnsmargin i omsorgsovertakelsessaker). Omsorgsovertakelsen var lovlig i forhold til nødvendighetskravet, men fratakelsen av foreldreansvaret og samværsnekt var ulovlige inngrep fordi det totalt avskar Johansen fra et familieliv med datteren. EMD uttalte at det som ikke er i samsvar med målet om gjenforening, bare bør anvendes i ”ekstraordinære tilfeller”, og bare ”hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste”. EMD begrunner dette med at de ytterligere begrensningene i retten til et familieliv, som fratakelse av foreldreansvar og samværsnekt, kan medføre en effektiv svekkelse av familiebandene mellom foreldre og små barn.

Denne saken viser at bevaring av de biologiske båndene gjennom samvær er et relevant moment i omsorgsovertakelsessaker. Samvær mellom foreldre og barn mens en

¹⁶ Smith s. 104.

¹⁷ Stang s. 36.

omsorgsovertakelse pågår er grunnleggende viktig med tanke på en senere tilbakeføring. Når det gjelder tiltak som ikke er med på å styrke de biologiske båndene, men heller svekke dem ytterligere, krever EMD ”particular strong reasons”.

Barn nyter godt av vernet for sitt familieliv etter EMK art. 8. Men etter at barnekonvensjonen ble norsk lov, vil nok den være mest aktuell å anvende på området for barns rettigheter. Både EMK og barnekonvensjonen verner de biologiske båndene mellom foreldre og barn, ved at de har en rett til respekt for sitt familieliv og et vern mot ulovlige inngrep.

3. En kort presentasjon av lovgivningen

3.1 Innledende bemerkninger

Det biologiske prinsipp ligger til grunn for hele barnevernloven, men prinsippet gjør seg gjeldende med ulik tyngde i de forskjellige bestemmelsene. I dette kapitlet skal jeg gi en kort presentasjon av barnevernloven kapittel 4 om særlige tiltak, ettersom det er her det biologiske prinsippet har sin største betydning. Jeg skal behandle bestemmelsene om hjelpetiltak, vedtak om medisinsk behandling, vedtak om behandling av barn med særlige opplæringsbehov, omsorgsovertakelse, samværsrett, adopsjon og tilbakeføring. En slik gjennomgang av lovgivningen vil vise hvilke tiltak det kan være aktuelt å iverksette, og dermed i hvilke situasjoner det biologiske prinsipp kommer inn. Dette vil gi en nødvendig ramme for den videre behandlingen i de følgende kapitlene.

Tiltakene i barnevernloven kapittel 4 opptrappes gradvis, fra milde tiltak som å sørge for at barnet får plass i barnehage til svært inngripende tiltak som omsorgsovertakelse og adopsjon. Hvis det er grunnlag for tiltak, har barnevernet en plikt til å vurdere om et mildere tiltak vil være tilstrekkelig. Det er aldri adgang til å iverksette et mer inngripende tiltak enn nødvendig. Noe annet vil være i strid med lovens grunnsyn om det mildeste inngreps prinsipp.¹⁸ Betydningen av det mildeste inngreps prinsipp blir naturligvis størst der grunnvilkårene for et strengere tiltak er oppfylt, fordi her må det alltid vurderes om det likevel kan være tilstrekkelig med mildere tiltak. Prinsippet vil i stor grad trekke i samme retning som det biologiske prinsippet, fordi minst mulig tiltak fører til minst mulig inngrep i forholdet mellom foreldre og barn. Kravet om nødvendighet for at et tiltak kan besluttet, er med på å bevare den biologiske tilknytningen. Jeg vil se nærmere på det mildeste inngreps prinsipp og forholdet til det biologiske prinsipp underveis i presentasjonen av bestemmelsene.

3.2 Barnevernloven § 4-4 om hjelpetiltak

Barnevernloven § 4-4 gir anvisning på tiltak som kan anvendes når barnet bor sammen med foreldrene, og det er i hovedsak en bestemmelse som baserer seg på frivillighet og samarbeid med foreldrehjemmet. Ved iverksettelse av tiltak kreves det ikke et aktivt samtykke fra foreldrenes side, men tiltakene kan ikke utføres dersom foreldrene motsetter seg det. Barnevernstjenestens plikt til å iverksette hjelpetiltak aktiviseres når barnet ”på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det.”, jf. § 4-4 (2). Det er altså ytre forhold ved barnets liv som kan gi grunnlag for hjelpetiltak. Det regnes opp en del eksempler på hjelpetiltak som støttekontakt, barnehageplass og besøkshjem. Listen med hjelpetiltak er ikke uttømmende jf. ordene ”f.eks.”.

Bestemmelsen gir videre anledning til å yte økonomisk stønad som hjelpetiltak til barnet, jf. § 4-4 (3). Dersom foreldrenes omsorgsevne er tilfredsstillende så skal ikke båndene mellom

¹⁸ Lindboe 2003, s. 22.

foreldre og barn brytes på grunn av hjemmets dårlige økonomi. Da skal det heller ytes økonomisk stønad for å få hjemmet på bena igjen. I en uttrykt dom for Malangen herredsrett i 1970, som Sosiallovutvalget har gitt sin tilslutning til, uttalte retten bant annet: ”Etter rettens mening må det være tindrende klart at barn ikke skal tas fra foreldrene fordi disse ikke kan forsørge det, dersom forholdene kan rettes på ved økonomisk hjelp.”¹⁹

Sosiallovutvalget uttaler at det i dagens samfunn ville være urimelig om økonomisk nød alene skulle være grunn til å fjerne barn fra hjemmet.²⁰ Det er en bred enighet om dette prinsipp selv om anvendelsen av det kan skape enkelte problemer.²¹ Lindboe kommer med følgende eksempel; myndighetene som forvalter sosialloven er av den oppfatning at en familie ikke er berettiget til mer økonomisk støtte, mens derimot barnevernet, herunder fylkesnemnda, er av den oppfatning at mer økonomisk støtte er påkrevet for å unngå omsorgsovertakelse.²² Selv om det kan oppstå en slik konflikt som Lindboe gir eksempel på, så er det ikke vanskelig å gi sin tilslutning til Sosiallovutvalgets uttalelse.

Barnevernloven § 4-4 er i hovedsak en bestemmelse om hjelpetiltak, men det er noen vedtak i fjerde ledd som kan fattes mot foreldrenes vilje, slik som for eksempel opphold i barnehage og tilsyn i hjemmet.

De forskjellige hjelpetiltakene, som for eksempel støttekontakt, besøkshjem og økonomisk stønad, er også et utslag av de grunnleggende prinsippene i barnevernloven. Å sette i verk hjelpetiltak i hjemmet samsvarer godt med lovens biologiske grunnsyn. Ved å sette i verk hjelpetiltak prøver barnevernet å gi barnet bedre omsorgsmuligheter i foreldrehjemmet, i stedet for å skille foreldre og barn. Hvis et barn har noe dårlige omsorgsforhold hos foreldrene og disse blir tilfredsstillende med hjelpetiltak, er det en god situasjon både for samfunnet, foreldrene og for barnet. Samfunnet sparer kostnadene i forbindelse med en plassering utenfor hjemmet, foreldrene får oppfostre sitt barn, og barnet slipper å ”miste” foreldrene sine. Det er imidlertid viktig å huske at dette bare er en tilfredsstillende løsning så lenge den er til barnets beste. Barnevernloven § 4-4 gir også et klart uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp, ved at forholdene i hjemmet skal søkes bedret med frivillige hjelpetiltak. Dersom disse ikke strekker til eller klart ikke ville fungert, kan hardere midler tas i bruk, slik som omsorgsovertakelse.

3.3 Barnevernloven §§ 4-10 og 4-11 om undersøkelse og behandling

Barnevernloven §§ 4-10 og 4-11 gjelder vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling, og behandling av barn som har særlige behandlings- eller opplæringsbehov. Å sørge for at et barn får undersøkelse og behandling er noe som hører under foreldrenes ansvar, men dersom foreldrene forsømmer sitt ansvar har fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (heretter

¹⁹ NOU1985: 18 s. 156.

²⁰ NOU1985: 18 s. 156.

²¹ Lindboe 2008, s. 76.

²² Lindboe 2008, s. 76.

kalt fylkesnemnda) myndighet til å vedta slike tiltak ved tvang. Denne bestemmelsen er også et utslag av det biologiske prinsipp. Båndene mellom foreldre og barn skal ikke brytes ved å frata foreldrene omsorgen, dersom tilfredsstillende undersøkelse og behandling kan oppnås ved et inngrep i foreldreansvaret etter §§ 4-10 og 4-11. Bestemmelsen gir også uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp, fordi man prøver å nå målet om medisinsk behandling ved hjelp av et mindre inngrep i foreldreansvaret enn en omsorgsovertakelse.

3.4 Barnevernloven § 4-12 om omsorgsovertakelse

Barnevernloven § 4-12 gir hjemmel for det svært inngripende tiltaket som går ut på å frata foreldre omsorgen for sitt barn. Dette er en av de mest inngripende bestemmelsene man finner i barnevernloven, ved siden av bestemmelsene om tvangsadopsjon og fullstendig nektelse av samvær mellom foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse. Bestemmelsens første ledd inneholder fire alternative grunnvilkår for omsorgsovertakelse. Den første situasjonen hvor omsorgsovertakelse kan være berettiget er hvor det er ”alvorlige mangler ved den daglige omsorg” som barnet får, eller ”alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet” som barnet trenger, jf. bokstav a). Det er ikke tilstrekkelig for en omsorgsovertakelse at det er mangler ved den daglige omsorg eller kontakt. Det stilles høye krav ved at det må være ”alvorlige mangler”. Det første alternativet rammer fysisk eller praktisk omsorg, mens det andre alternativet gjelder psykisk eller følelsesmessig omsorg.²³

En annen situasjon hvor omsorgsovertakelse kan være berettiget er hvis foreldrene ikke sørger for at et ”sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring”, jf. bokstav b). I forhold til syke barn og barn som har særlige behandlings- eller opplæringsbehov, må de mer begrensede tvangsbestemmelsene i §§ 4-10 og 4-11, vurderes som mindre inngripende alternativer til omsorgsovertakelse.

Videre kan omsorgsovertakelse foretas i tilfeller hvor ”barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet”, jf. bokstav c). Dette alternativet omfatter først og fremst voldelig behandling av barnet og seksuelle overgrep.

Omsorgsovertakelse kan også foretas hvor det er ”overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet”, jf. bokstav d). Disse ordene gir anvisning på en fremtidsvurdering. Det er altså ikke barnets situasjon i dag som berettiger en omsorgsovertakelse, men en vurdering av om foreldrenes omsorgsevne på sikt ikke vil være tilstrekkelig for barnet.

I tillegg til at en av de alternative situasjonene i første ledd må foreligge, er det visse tilleggsvilkår i annet ledd som må være oppfylt. Det kan bare foretas en omsorgsovertakelse dersom det er ”nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i.”, jf. andre ledd. Dette utdypes ved at omsorgsovertakelse bare er ”nødvendig” dersom det ikke kan ”skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.” Det at en omsorgsovertakelse ikke kan foretas dersom det vil være tilstrekkelig med

²³ Lindboe 2008, s. 86.

hjelpetiltak, er et uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp. Det mildeste inngreps prinsipp gjør seg gjeldene i forhold til alle trinn av tiltak i barnevernloven, men det kan sies å ha sin største betydning som rettesnor for valget mellom tiltak i hjemmet og plassering av barnet i eksempelvis et fosterhjem. Forarbeidene til loven av 1992 sier at "[b]ruk av tvang skal som i dag bare være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses nytteløst å forsøke med slike tiltak."²⁴ I en omsorgsovertakelsessak kan både det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp tale for at barnet fortsatt skal bo i foreldrehjemmet. For eksempel vil det å sette et hjem under tilsyn i stedet for å foreta en omsorgsovertakelse, være i samsvar med det biologiske prinsipp, fordi foreldrene fortsatt får oppfostre sitt barn. I tillegg vil det samsvare med det mildeste inngreps prinsipp dersom barnet får en tilstrekkelig omsorgssituasjon ved hjelp av tilsyn.

I tillegg til at vilkårene i bvl. § 4-12 må være oppfylt, er det også et krav om at omsorgsovertakelse er til barnets beste jf. § 4-1. Bestemmelsen i § 4-12 er formulert som en "kan-regel", noe som innebærer at selv om alle vilkårene er oppfylt kan man altså la være å fatte vedtak om omsorgsovertakelse. Bestemmelsen åpner for et betydelig spillerom for skjønn. Sosiallovutvalgets kommentar til dette var at det ikke er "til å unngå at det i betydelig grad må utøves skjønn i disse saker".²⁵ Utvalget sa videre at på grunn av det biologiske prinsipp måtte vilkårene for omsorgsovertakelse bli stramme, og tiltaket kunne bare brukes i "alvorlige situasjoner." Det å frata foreldrene omsorgen er et svært alvorlig inngrep, og det er da lovgivers intensjon at det biologiske prinsipp skal være en begrensning i adgangen til å foreta et slikt inngrep.

3.5 Barnevernloven § 4-19 om samværsretten

Fylkesnemnda har en plikt til å vurdere "omfanget av samværsretten" når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, jf. § 4-19 (2). Lovens hovedregel er altså at foreldre og barn har rett til samvær med hverandre. Dette kan sees på som et utslag av det biologiske prinsipp. Dersom barnevernstjenesten har overtatt omsorgen for et barn er det ønskelig at det skal være samvær mellom foreldrene og barnet, slik at barnet kjenner sitt biologiske opphav. Høyesterett uttalte på s. 913 i Rt. 2002/908, at "det kreves spesielle og sterke grunner for [å]...fratas rett til samvær." Med disse ordene er det etablert en høy terskel for å nekte samvær mellom foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelse er et midlertidig vedtak med mål om tilbakeføring, og da er det viktig med samvær mellom foreldre og barn mens omsorgsovertakelsen pågår. Samværsrett etter omsorgsovertakelse er også et utslag av det mildeste inngreps prinsipp, fordi det er mildere med omsorgsovertakelse med samvær enn omsorgsovertakelse uten samvær.

Fylkesnemnda har adgang til å bestemme at "det av hensyn til barnet ikke skal være samvær", jf. § 4-19 (2). Det finnes selvfølgelig tilfeller hvor foreldrenes omsorgsevne er så dårlig at

²⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s.7.

²⁵ NOU1985:18 s. 156-157.

samvær ikke lar seg gjennomføre. I disse sakene får ikke det biologiske prinsippet gjennomslag fordi hensynet til barnet tilsier at samvær med foreldrene ikke er bra for barnet.

Fylkesnemnda har også her hjemmel til å bestemme at ”foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er”, jf. § 4-19 (2) siste punktum. Hvis barnevernsmyndigheten bestemmer at foreldrene ikke skal få vite hvor barnet er, går man enda et skritt videre i å bryte det biologiske prinsipp. Det finnes noen slike tilfeller hvor det biologiske prinsipp må vike av hensyn til barnet, for eksempel dersom foreldrene vil prøve å kidnappe barnet hvis de vet hvor det er.

3.6 Barnevernloven § 4-20 om foreldreansvar og adopsjon

Dersom fylkesnemnda har vedtatt å overta omsorgen for et barn, kan fylkesnemnda også bestemme at foreldreansvaret i sin helhet skal fratas foreldrene, jf. bvl. § 4-20 (1). Det heter videre i andre ledd at når det er fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar, kan fylkesnemnda ”gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted”. Det er fire vilkår i bokstavene a-d i bestemmelsens tredje ledd som må være oppfylt for at slikt samtykke kan gis. Dersom alle vilkårene er oppfylt er det opp til fylkesnemndas skjønn om samtykke likevel skal gis, jf. ordet ”kan” i § 4-20 (3). Denne bestemmelsen gir adgang til tvangsadopsjon av barn, som er det mest inngripende tiltaket som kan foretas i forholdet mellom biologiske foreldre og barn. Det biologiske prinsipp har en meget sentral plass i en vurdering av om samtykke til adopsjon skal gis. Dette er fordi at en adopsjon innebærer at alle rettslige bånd mellom barnet og de biologiske foreldrene blir brutt, jf. adopsjonsloven, lov av 28 feb. 1986 nr. 8, § 13 (1). Tvangsadopsjon medfører altså at barn og biologiske foreldre mister retten til kontakt og samvær med hverandre. I Rt. 1997/534 kom Høyesterett under dissens (3-2) til at adopsjonssamtykke ikke skulle gis. Både flertallet og mindretallet mente at lovgiver burde vurdere om det ikke burde åpnes for samvær mellom barnet og biologiske foreldre også etter adopsjon.

Barne- og likestillingsdepartementet har fulgt opp dette og kommet med et forslag til endringer i barnevernloven.²⁶ Proposisjonen er i skrivende stund til behandling i Familie- og kulturkomiteen på Stortinget. Departementet foreslår en ny bvl. § 4-20a som gir fylkesnemnda en plikt til å vurdere om det skal være besøkskontakt mellom barnet og biologiske foreldre etter at en adopsjon er gjennomført, dersom noen av partene har krevd det.²⁷ Det heter videre at dersom besøkskontakt er til barnets beste og adoptivsøkernes samtykke til slik kontakt foreligger, skal fylkesnemnda treffe vedtak om det. Departementet uttaler: ”Formålet med forslaget er å sikre barnet en stabil og forutsigbar oppvekstsituasjon hos adoptivforeldrene og samtidig sikre barnet en viss kontakt med sitt opphav, når dette er til barnets beste... En slik kontakt etter adopsjon vil gi barnet de fordeler en adopsjon innebærer, med full juridisk og sosial integrasjon, uten at barnet helt må miste kontakten med sine

²⁶ Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Prop. 7 L (2009-2010).

²⁷ Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Prop. 7 L (2009-2010) s. 41.

biologiske foreldre...”.²⁸ Dette lovforslaget kan betraktes som en ytterligere understrekning av det biologiske prinsippets sentrale betydning i barnevernloven. En adopsjon med rett til kontakt vil fortsatt innebære et meget stort inngrep i forholdet mellom foreldre og barn, men det vil representere et noe mindre inngrep enn tidligere.

3.7 Barnevernloven § 4-21 om tilbakeføring

Fylkesnemnda har som hovedregel en plikt til å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når foreldrene kan gi barnet ”forsvarlig omsorg”, jf. § 4-21 (1). Det må ha skjedd en positiv endring i foreldrenes omsorg fra den tid omsorgsovertakelsen fant sted og frem til i dag. Tilbakeføring understreker lovens biologiske utgangspunkt om at det er foreldrene selv som skal sørge for sine barn. Dette har også en side til det mildeste inngreps prinsipp. Dersom foreldrene kan gi forsvarlig omsorg så skal det ikke foretas et større inngrep enn nødvendig, og det å videreføre en tvungen omsorgsovertakelse vil da i utgangspunktet være et større inngrep enn nødvendig. Ved tilbakeføring må det vurderes om foreldrenes omsorgsevne kan bli tilstrekkelig ved hjelpetiltak, som i Rt. 1996/1203 på s. 1214. Høyesterett sier også: ”Det er etter barnevernloven ikke avgjørende om fosterforeldrene må anses mer skikket som omsorgspersoner enn foreldrene, eller at barnets bopel og andre oppvekstvilkår må antas å være ”bedre” i fosterhjemmet.”, jf. s. 1693 i Rt. 1996/1684.

Selv om tilbakeføring av omsorgen er hovedregelen dersom foreldrene kan gi forsvarlig omsorg, gjelder ikke dette uten unntak. På visse vilkår kan omsorgsovertakelsen fortsette. Det skal foretas en ”samlet vurdering” hvor barnets ”tilknytning til mennesker og miljø der det er”, og om en flytting ”kan føre til alvorlige problemer”, er relevante hensyn, jf. § 4-21 (1) andre punktum. Problemstillingen blir her flyttet fra foreldrenes omsorgsevne og situasjon til virkningene en tilbakeføring vil ha på barnet.²⁹ Ordene ”alvorlige problemer” stiller strenge krav for adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen. Ordene ”kan føre til” tilsier at det er tilstrekkelig med en mulighet eller risiko for alvorlige problemer. Høyesterett har formulert dette til et krav om ”reell fare for skadevirkninger av betydning”, se bl.a. Rt. 1984/289.

Et av hensynene i den samlede vurderingen vil være det biologiske prinsipp, og det kan få ulik vekt alt etter hvor tungt andre relevante hensyn veier. Jeg vil påpeke en viktig forskjell mellom saker om tilbakeføring og omsorgsovertakelse når det gjelder vekten av det biologiske prinsipp. Det følger av ordlyden at det biologiske prinsipp har mindre vekt i en tilbakeføringssak etter en langvarig fosterhjemsplassering, fordi vilkårene for å nekte tilbakeføring er mindre strenge enn inngrepskriteriene i barnevernloven.

Et spørsmål som kan stilles til slutt er hva det mildeste inngreps prinsipp innebærer i en sak om tilbakeføring. Det tradisjonelle synet er at når barnet flyttes hjem etter en omsorgsovertakelse så anses det som mildere enn at barnet blir boende i fosterhjem. Sandberg utfordrer det tradisjonelle synet. Ved å se saken fra barnets side vil nemlig forståelsen av

²⁸ Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Prop. 7 L (2009-2010) s. 26.

²⁹ Harald Hove, Gyldendal Rettsdata Norsk Lovkommentar, note 188 til bvl. § 4-21.

prinsippet være en annen. Hvis barnet har bodd lang tid i fosterhjem og har knyttet seg til fosterforeldrene og miljøet der, vil ikke det å flytte hjem til de biologiske foreldrene nødvendigvis være et mildere inngrep enn å få bli i fosterhjemmet, sett fra barnets side.³⁰ Jeg er enig med Sandberg i at den vanlige forvaltningsrettslige tenkningen ser inngrep fra det offentlige først og fremst med foreldrenes øyne, og at det er nødvendig å tenke annerledes ut fra barnets ståsted.

³⁰ Sandberg s. 428.

4. En presentasjon av prinsippet om barnets beste

4.1 Innledende bemerkninger

I dette kapitlet skal jeg redegjøre for prinsippet om barnets beste. Prinsippet om barnets beste er det overordnede prinsippet i barnevernretten, og det har mange tilknytningspunkt til det biologiske prinsipp. Det har vært diskutert om prinsippet om barnets beste i barnevernloven § 4-1 kommer til anvendelse i tilbakeføringssaker. Etter mitt syn er dette en interessant og viktig problemstilling, og jeg vil behandle denne i punkt. 4.3. Til slutt i dette kapitlet vil jeg redegjøre for barnets rett til å bli hørt ettersom det er en viktig del av prinsippet om barnets beste.

4.2 Generelt om barnets beste

Det er en uomtvistelig verdi og et overordnet prinsipp i barnevernloven at beslutninger som fattes skal være til barnets beste.³¹ Barnets beste har blitt utførlig behandlet av flere teoretikere, slik at jeg vil ta for meg noen hovedpunkter i denne avhandlingen. Jeg vil ikke foreta en omfattende selvstendig behandling av barnets beste, men jeg vil gi uttrykk for noen egne vurderinger.

Med utgangspunkt i den norske barnevernloven har barnets beste flere anvendelsesområder. Det er for det første et prinsipp som skal være styrende for barnevernets arbeid. I tillegg er det et lovtolkningsprinsipp, et hensyn i skjønnsutøvelsen og et lovbestemt vilkår, jf. bvl. §§ 4-1 og 4-20 (3) bokstav b.³² Barnets beste kan ikke i seg selv begrunne et tiltak. Etter legalitetsprinsippet kan barnevernet bare begynne å anvende prinsippet om barnets beste etter først å ha undersøkt og fastslått, at det overhodet er adgang etter loven til å iverksette et aktuelt tiltak.³³ Hvis det er en slik adgang, vil § 4-1 være av betydning.

Prinsippet om barnets beste kommer direkte til uttrykk i bvl. § 4-1, hvor det heter at det skal legges ”avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste”. Bestemmelsen viser til de ulike tiltakene som er hjemlet i kapittel 4. I bvl. § 4-20 (3) litra b om vilkårene for tvangsadopsjon, kommer også barnets beste direkte til uttrykk i loven. Det er ikke lett å utlede noe konkret fra ordene ”barnets beste”, og i seg selv gir ikke dette momentet så mye. For å kunne klarlegge innholdet av begrepet nærmere, må vi derfor se hen til andre rettskilder. Haugli sier: ”Hva som er best for barn, er i bunn og grunn verdispørsmål av allmennmenneskelig karakter. Prinsippet sier likevel noe om i hvilken retning tankene skal gå

³¹ NOU2000: 12, pkt. 5.6.

³² Sandberg s. 50-67.

³³ Lindboe 2003, s. 46.

ved handlinger som vedrører barn. Et grunnleggende element må være respekt for barnets fulle menneskeverd og integritet.”³⁴

Etter min mening er det dekkende å si at barnets beste sier noe om i hvilken retning tankene skal gå. Fokuset skal være på det konkrete barnets liv og det å finne tiltak som skaper best mulig livsforhold for barnet. Vurderingen er sammensatt og må gjøres på bakgrunn av mange ulike faktorer. Samtaler med barnet eller viktige personer i barnets liv kan få frem kunnskap om hva som vil være til barnets beste.³⁵ Hva som blir ansett for å være til barnets beste vil kunne endre seg over tid, med politikkers skiftende retninger og med nye forskningsresultater. Høyesterettspraksis viser at de sakkyndiges vurderinger og råd ofte blir tillagt stor og avgjørende vekt i spørsmålet av hva som er til barnets beste.³⁶

I skjønnets som utøves i forbindelse med tiltakene etter kapittel fire, vil prinsippet om barnets beste komme inn med stor tyngde. I bvl. § 4-1 andre punktum, er hensynet til ”stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen” lovfestet. Stortingskomiteen ga sin tilslutning til å lovfeste dette som ett av de momentene som bør inngå i en vurdering av hva som er til barnets beste, fordi dette understreker betydningen av kontakt med biologiske foreldre, også når barnet er plassert utenfor hjemmet.³⁷

Det har vært rettet kritikk mot det store elementet av skjønn i disse vurderingene, og Sosiallovutvalget erkjenner at vilkårene for de alvorligste tiltak ikke kan defineres så åpenbart og entydig at løsningen gir seg selv når det har blitt klarhet i den aktuelle situasjonen. Det må åpenbart være behov for skjønn.³⁸

Anvendelsen av barnets beste må også sees i lys av barnekonvensjonen. Det heter i barnekonvensjonen art. 3(1): ”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.” Dette er en prinsipperklæring som ikke gir nærmere retningslinjer for hva som skal anses som barnets beste.³⁹ Barnets beste er gitt et svært vidt anvendelsesområde, ettersom det skal være et hensyn i ”alle handlinger” som berører barn. Både offentlige og private har plikt til å ta hensyn til barnets beste i sine handlinger. Barnets beste skal også tillegges mye vekt ettersom det skal være ”et grunnleggende hensyn”, jf. art. 3(1). Hensynet til barnets beste skal alltid komme i fremste rekke. Det skal veie tungt, og i de fleste tilfeller være avgjørende for de

³⁴ Haugli ”Hensynet til barnets beste” i Høstmælingen m.fl. s. 47.

³⁵ Scheie s. 13.

³⁶ Se eksempelvis Rt.1982/764.

³⁷ Inst. O. nr. 80 (1991-92) fra Forbruker- og administrasjonskomiteen i Stortinget, s. 13.

³⁸ NOU1985: 18 s. 18.

³⁹ Grøslund s. 95.

beslutninger som treffes.⁴⁰ Hvilken betydning barnekonvensjonen art. 3 har ved vurderingen av barnets beste har vært uttrykt slik: ”man må anlegge et konvensjonsperspektiv på hele loven, ikke bare ved de avveininger loven direkte gir anvisninger på. For eksempel skal hensynet til barnets beste være veiledende for hele barnevernets virksomhet, ikke bare ved valg av tiltak. Det gjelder alt fra forebyggende arbeid, organisering av tjenesten og samarbeid med andre myndigheter til saksbehandling og beslutninger.”⁴¹

Det som sies her er viktig. Barnekonvensjonen har fått større og større betydning de siste årene fordi man har blitt mer bevisst på barns rettigheter. Det er viktig ikke bare å bruke barnets beste i forhold til barnevernloven kapittel 4, men altså å anlegge et konvensjonsperspektiv på hele loven, slik at barnets beste blir veiledende i forhold til alt man foretar seg. Det at prinsippet om barnets beste har fått en slik autoritet i barnekonvensjonen er svært bra fordi det for det første anerkjenner at barnet er et individ med egne interesser. For det andre at man må finne ut hva barnets interesser er når en handling berører barn, slik at handlingen blir til barnets beste.

Det er rettet en del kritikk mot begrepet barnets beste fordi det i seg selv ikke sier noe om hva som er til det beste for barn. Haugli sier at hvis prinsippet brukes i en altfor generell betydning og med et ubestemt innhold, er det en risiko for at prinsippet blir så åpent at det blir uforpliktende og dermed verdiløst.⁴² På grunn av begrepets generelle utforming kan begrepet inneholde motstridende verdier, noe Stang beskriver på en god måte: ”På den ene siden verdien av stabile og gode relasjoner til voksne der foreldrene ikke evner å skape slike relasjoner, på den andre siden tilknytningen til biologiske foreldre som en egenverdi; på den ene siden verdien av en trygg og forutsigbar fremtid med hensyn til bosted og familietilknytning, på den andre siden verdien av å bevare muligheten for tilbakeføring gjennom hyppige samvær med foreldrene”.⁴³

Både hensynet til foreldrene og samfunnsmessige hensyn kan altså indirekte tilgodeses gjennom prinsippet så lenge ikke barnets interesser innskrenkes eller blir skadelidende.⁴⁴ For eksempel er det en presumsjon for at det er til barnets beste å vokse opp hos de biologiske foreldrene. Å vektlegge det biologiske prinsipp vil derfor langt på vei være til barnets beste. Også Lindboe er enig i at barnets beste og det biologiske prinsipp ikke er motstridende hensyn, men at begge ivaretar hensynet til barnets beste, dog ulike sider ved denne interesse.⁴⁵ Lindboe sier videre at forskjellen mellom prinsippene er at barnets beste i praksis ofte knytter

⁴⁰ Scheie s. 13.

⁴¹ Haugli ”Hensynet til barnets beste” Høstmælingen m.fl. s. 57 og Scheie s. 14.

⁴² Haugli ”Hensynet til barnets beste” i Høstmælingen m.fl. s. 49-50.

⁴³ Stang s. 33.

⁴⁴ Stang s. 50.

⁴⁵ Lindboe 2008, s. 45.

seg opp til det konkrete barn, mens det biologiske prinsipp mer er et generelt hensyn og et rettslig bindende utgangspunkt.⁴⁶ I nasjonal lovgivning bygger forståelsen av barnets beste i høy grad på det biologiske prinsipp.⁴⁷ Ved tiltak som innebærer inngrep, vil det biologiske prinsippet inngå som et vesentlig element ved skjønnet.⁴⁸

Det biologiske prinsipp verner egentlig foreldrenes interesser i stor grad ved at en løsning i samsvar med prinsippet er at barnet vokser opp hos foreldrene. Prinsippet kan også til en viss grad ansees for å verne barnets interesser ved at det antas at det er til barnets beste å vokse opp sammen med sine biologiske foreldre. Det heter imidlertid i forarbeidene: ”Prinsippet om barnets beste tilsier at der barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, der må barnets interesser og behov gå foran”.⁴⁹ Dette er svært viktig fordi det anerkjenner barnet som et individ med egne interesser atskilt fra foreldrenes interesser. Ved en kollisjon mellom foreldrenes og barnets interesser, vil ikke det biologiske prinsippet få gjennomslag dersom det ikke er til barnets beste å vokse opp hos foreldrene. Stang sier: ”Det biologiske prinsipp kan både ses som en forlengelse av hensynet til barnets beste og en motsetning til det. Foreldre har rett til sine barn, barn har rett til foreldre, barn og foreldre har rett til familieliv... Det biologiske prinsipp vil være forenlig med hensynet til barnets beste der barn og foreldre har en felles interesse i å ivareta de biologiske båndene enten ved at barnet blir boende hos foreldrene, eller ved samvær med dem. Der hensynet til barnets beste kolliderer med foreldrenes ønske om å ha barnet hos seg eller å ha samvær med dem, vil det biologiske prinsipp hovedsakelig verne foreldrenes interesser.”⁵⁰

Om det biologiske prinsipp verner foreldrenes interesser i en kollisjon mellom barnets beste og foreldrenes ønske om å oppfostre barnet, er en interessant problemstilling. I kapittel 5 i avhandlingen vil jeg foreta en nærmere behandling av problemstillingen om en sterk vektlegging av det biologiske prinsipp kan skade barnets interesser.

4.3 Barnets beste i § 4-1 og forholdet til tilbakeføring etter § 4-21

Ettersom tilbakeføring av barn terminologisk ikke er å anse som et ”tiltak” etter § 4-1, har det oppstått en diskusjon om § 4-1 kommer til anvendelse i tilbakeføringssaker. Lindboe sier at det ikke er rom for noe skjønn her fordi hensynet til barnets beste er vurdert ved at foreldre som har gjenvunnet omsorgsevnen, har rett til å få sine barn tilbake med mindre slik tilbakeflytting vil medføre alvorlige problemer.⁵¹ Sandberg har skrevet sin doktoravhandling om tilbakeføring, og i forhold til denne problemstillingen sier hun at prinsippet om barnets

⁴⁶ Lindboe 2008, s 45.

⁴⁷ Haugli ”Hensynet til barnets beste” i Høstmølingen m.fl. s. 55.

⁴⁸ Lindboe 2003, s. 46.

⁴⁹ NOU2000:12 pkt. 5.6.

⁵⁰ Stang s. 37.

⁵¹ Lindboe 2008, s. 47.

beste har en sentral plassering i loven og det trekkes i retning av at det har en mer allmenn rekkevidde. Hun sier videre at for sammenhengens skyld bør den ikke bare gjelde med hensyn til å sette inn tiltak, men også der det er spørsmål om oppheving av eksisterende tiltak.⁵² Det kan ikke kreves at en tilbakeføring skal være til barnets beste etter en åpen vurdering, ettersom § 4-21 andre punktum stiller krav om alvorlige problemer for at tilbakeføring skal nektes. Det må følgelig bli en kvalifisert barnets-beste vurdering i følge Sandberg.⁵³ Jeg er enig med Sandberg. Barnets beste er det grunnleggende hensynet bak loven, og ut fra forarbeidene synes det ikke som at lovgiver har ment å begrense virkeområdet for § 4-1.⁵⁴ Barnevernloven § 4-1 viser også til ”anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet” generelt. FNs barnekonvensjon art. 3, bestemmer dessuten at i ”alle handlinger som berører barn...skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.” Ordlyden begrenser seg ikke bare til tiltak, men gjelder alle handlinger hvor barn blir berørt. Ettersom det skal anlegges et konvensjonsperspektiv på barnevernloven, taler det for at barnets beste skal inngå i vurderingen etter § 4-21. Konklusjonen min er at barnets beste skal være et hensyn også der det er spørsmål om oppheving av eksisterende tiltak.

4.4 Barnets egen mening i vurderingen av barnets beste

For å komme frem til hva som er til barnets beste i en konkret sak, er det ofte av vesentlig betydning å finne ut hva barnet selv ønsker i den aktuelle situasjonen. Barnets rett til å bli hørt henger derfor tett sammen med prinsippet om barnets beste. Det heter i forarbeidene: ”Utviklingen har i økende grad pålagt barnevernet å høre barnet slik at barnets rett til medvirkning er styrket.”⁵⁵

Nå følger det av bvl. § 6-3 (1) at barn som er fylt 7 år og yngre barn hvis de er i stand til å ”danne seg egne synspunkter”, skal få anledning til å ”uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne”. Barnet har en rett til å uttale seg og barnets mening skal tillegges vekt ”i samsvar med barnets alder og modenhet”, jf. § 6-3 (1). Barn som er fylt 15 år kan opptre som part i en sak etter barnevernloven hvis det ”forstår hva saken gjelder”, jf. § 6-3 (2). Yngre barn kan også få partsrettigheter i ”særskilte tilfeller”, jf. § 6-3 (2). I sak som gjelder tiltak for barn med atferdsvansker har barnet partsrettigheter uavhengig av alder og hva det forstår, jf. § 6-3 (2) siste punktum. For at barnet skal kunne danne seg egne synspunkter om saken sin, er det av stor betydning at barnet får informasjon. Man må være nøye med at barnet får tilstrekkelig informasjon og at informasjonen er tilpasset barnet. Dette er viktig for at barnet skal få et best mulig grunnlag for å danne seg en mening.

⁵² Sandberg s. 189-190.

⁵³ Sandberg s. 190.

⁵⁴ NOU1985: 18 s. 146.

⁵⁵ NOU2000:12 pkt. 5.2.

Barns rett til å bli hørt følger generelt av barnekonvensjonen art. 12. I tillegg til bvl. § 6-3 finnes det altså en mer overordnet bestemmelse i art. 12. Barnekonvensjonen art. 12 gir barn og unge rett til innflytelse og medbestemmelse i samfunnet. Barn og unges syn skal ikke bare innhentes, synspunktene skal også tillegges vekt. Rettigheten gjelder alle barn som kan danne seg "egne synspunkter", og den gjelder i "alle forhold som vedrører barnet". Myndighetene har en plikt til aktivt å legge til rette for at barnet kan få si sin mening.⁵⁶ Barnet har imidlertid ingen plikt til å ha en mening eller å meddele eller gi uttrykk for meningen sin.

Det kan være en utfordring for myndighetene som forvalter barnevernloven å vurdere vekten av barnets mening i en konkret situasjon. I denne vurderingen kan det derfor være nyttig å skille mellom egenvekten og den relative vekten.⁵⁷ Egenvekten av barnets mening handler om barnets mening i seg selv. Hvor sterk og vedvarende er meningen, og hvor godt begrunnet er den. Hvis barnets mening er avgitt under press eller barnet befinner seg i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene, kan det redusere vekten. Samtidig som barnets mening isolert sett har vekt som et moment i saken, vil styrken av motargumentene også ha betydning. Barnets mening må da vurderes opp mot de andre hensynene i saken, og vi snakker da om den relative vekten av barnets mening. I Rt. 1998/1702 peker Høyesterett på at "lovens regel om at det skal legges vekt på hva barnet mener, ikke innebærer at barnets mening uten videre skal følges" (s.1711).

Et eksempel fra høyesterettspraksis hvor vekten av barnets mening ble vurdert er Rt.2004/999. I denne saken ble en gutt på 12 år med alvorlige atferdsproblemer tilbakeført til mor. Guttens hadde et sterkt ønske om å få flytte hjem til mor, men meningen hans synes sterkt påvirket av mor. Dette mente Høyesterett svekket vekten som kunne tillegges meningen hans. Guttens ble likevel tilbakeført til mor i samsvar med sitt eget ønske, fordi fosterhjemsløsningen hadde fungert dårlig og guttens ønske om å flytte hjem syntes urokkelig.

For å kunne legge vekt på barnets mening bør det være en overveid og selvstendig beslutning. Barnets alder har også betydning, jf. eksempelvis Rt. 1984/289 hvor Høyesterett mente at en gutt på åtte år ikke kunne vurdere de langsiktige konsekvenser av de alternativer han stod overfor. I Sandbergs oppsummering av høyesterettspraksis i tilbakeføringssaker sier hun at forhold som har med meningens bakgrunn og tilkomst er relevant for vekten. Hun sier videre at i saker hvor barnets mening følges, har den fått stor vekt. I de sakene hvor meningen faller sammen med andre viktige argumenter, trenger ikke barnets mening i seg selv å ha veid spesielt tungt, selv om den er tillagt vekt i helhetsvurderingen.⁵⁸

Det har skjedd en betydelig utvikling på området for barns rett til å bli hørt. Utviklingen har gått i retning av å se barn som individer med egne meninger. Med dette følger en rett til å uttale seg, og en med- og selvbestemmelsesrett på viktige områder i barnets liv.

⁵⁶ Scheie s. 19.

⁵⁷ Sandberg "Barns rett til å bli hørt" i Høstmølingen m.fl. s. 94-95.

⁵⁸ Sandberg s. 266-267.

5. I dybden av det biologiske prinsipp

5.1 Innledende bemerkninger

For å komme nærmere et svar på problemstillingen om hvordan det biologiske prinsipp skal avveies mot andre hensyn, vil jeg nå gå inn på en del høyesterettsavgjørelser. Flere av høyesterettsavgjørelsene jeg skal se på er avsagt etter barnevernloven av 1953. Den nye loven endret ikke barnevernets adgang til å foreta inngrep som omsorgsovertakelse, nektelse av tilbakeføring og tvangsadopsjon. Dette betyr at høyesterettsavgjørelser etter 1953-loven på disse områdene, har betydning ved anvendelse av 1992-loven.⁵⁹

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen vil jeg foreta analyser av høyesterettspraksis i tilbakeføringssaker, ettersom det er lite høyesterettspraksis i omsorgsovertakelsessaker. Avgjørelsene om tilbakeføring har jeg valgt å samle i to underpunkt; saker hvor foreldrene har fått medhold og saker hvor foreldrene ikke har fått medhold. Jeg har foretatt en slik inndeling fordi jeg vil undersøke om det er noen forskjell i hvordan Høyesterett vektlegger det biologiske prinsipp i saker hvor de gir foreldrene medhold, og i saker hvor de ikke gir foreldrene medhold. Underveis vil jeg også komme med egne vurderinger av høyesterettsavgjørelsene og Høyesteretts vektning av relevante hensyn. I punkt 5.3. skal jeg foreta en oppsummering av de hensynene som Høyesterett har vektlagt i tilbakeføringssaker, og se på hvordan hensynene avveies mot hverandre.

I analysen har jeg uthevet rettstidendehenviisningene første gang jeg nevner en høyesterettsdom. Jeg har gjort dette for å skape oversikt, og gjøre det lettere for leseren å orientere seg i teksten.

5.2 Hvordan Høyesterett vektlegger det biologiske prinsipp i saker om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse

5.2.1 Saker hvor foreldrene har fått medhold

De biologiske foreldrene har fått medhold i følgende fire saker for Høyesterett: Rt.1991/668, Rt. 1984/289, Rt. 1992/1303 og Rt.1997/170. I tre av disse fire sakene nevner Høyesterett lovens biologiske utgangspunkt uttrykkelig.

I **Rt. 1991/668** (Dissens 4-1), formulerer Høyesterett selve begrepet ”det biologiske prinsipp” for første gang, med henvisning til de prinsipielle formuleringer i **Rt.1984/289**. Jeg skal nå gå nærmere inn på disse dommene for å se på hvordan Høyesterett vektlegger det biologiske prinsippet og andre relevante hensyn.

Rt.1991/668 gjaldt spørsmål om tilbakeføring av omsorgen for en syv år gammel gutt til mor. Han hadde vært i fosterhjem siden han var åtte måneder gammel. Førstevoterende som representerte flertallet, siterer fra Rt.1984/289 når han skal se på de rettslige prinsippene som

⁵⁹ Lindboe 2008, s. 23.

er utviklet. I Rt.1984/289 sier førstevoterende at omsorgen for barnet skal tilbakeføres, når de forhold som i sin tid begrunnet omsorgsovertakelse ikke lenger er til stede, med mindre det foreligger ”tungtveiende hensyn” som taler for å fravike lovens utgangspunkt.

Førstevoterende kommer til sin konklusjon om å tilbakeføre barnet etter en omfattende analyse hvor det blant annet blir tatt hensyn til lovens grunnsyn og betraktninger omkring det biologiske prinsipp. Om det biologiske prinsipp sier han: ”Men jeg må legge til grunn at det etter gjeldende lov må anses som en egenverdi at barnet kan vende tilbake til foreldrene” (s. 298). I forhold til denne dommen sier førstevoterende i Rt.1991/668: ”Den rettsoppfatning som her er kommet til uttrykk, er senere fulgt opp i en rekke dommer av Høyesterett hvor tilbakeføring er blitt nektet, og jeg legger den også til grunn for mitt standpunkt i denne saken” (s. 675).

De hensynene som taler mot en tilbakeføring i denne saken er varigheten av fosterhjemsoppholdet (mer enn seks år), tilknytningen til fosterforeldrene og at fosterforeldrene er innstilt på å ha gutten som fosterbarn i årene fremover. I tillegg er det en viss risiko for gutten forbundet med å flytte fra fosterforeldrene tilbake til mor. De sakkyndige sier at det er minst risiko forbundet med å la gutten forbli i fosterhjemmet.

Det som taler for en tilbakeføring er for det første lovens hovedregel om tilbakeføring. I dette tilfellet er morens omsorgsevne god etter vanlige mål, og dette taler for at barnet skal tilbakeføres. Det andre hensynet er at gutten har hatt et omfattende samvær med mor og stefar, mer enn det som ofte er vanlig ved langvarige fosterhjems plasseringer. Det tredje hensynet er det biologiske prinsipp. Førstevoterende sier at vilkårene for å nekte tilbakeføring er mindre strenge enn inngrepskriteriene i barnvernloven av 1953 § 16 bokstav a, og at ”[d]ette innebærer at lovgivningens utgangspunkt om at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre, får mindre betydning når det er spørsmål om tilbakeføring etter en langvarig fosterhjems plassering.” Med disse ord skulle man tro at førstevoterende tillegger det biologiske prinsipp mindre vekt. Han sier imidlertid at dette er lovens grunnsyn og at barnet i slike tilfeller skal tilbakeføres med mindre det foreligger ”tungtveiende hensyn” mot. Førstevoterende sier at denne saken er et vanskelig grensetilfelle, men han konkluderer med at det ikke foreligger tungtveiende hensyn mot en tilbakeføring, og dermed får det biologiske prinsipp gjennomslag.

Dommer Dolva dissenterer. Han legger mindre vekt på det biologiske prinsippet, fordi han mener det er andre hensyn som er ”så sterke at de ikke kan oppveies av de positive verdier som en tilbakeføring av omsorgen til hans biologiske mor vil innebære.” De andre hensynene han taler om er en reell overvekt av fare for skadevirkninger ved tilbakeføring etter et langvarig fosterhjemsopphold. Han mener det er risiko for varig skade av guttens karakterdannelse og utvikling og at han derfor ikke bør utsettes for det.

Flertallet og mindretallet vektlegger det biologiske prinsipp ulikt. Selv om førstevoterende sier at prinsippet får mindre betydning, kan det likevel synes som at det er et av de mest avgjørende momenter i saken. For andrevoterende er det andre hensyn som er viktigere.

Etter min mening kommer det litt lite frem hvordan flertallet vektlegger barnets beste i denne saken. Om dette sier førstevoterende: ”Bakgrunnen for at man i rettspraksis er så vidt tilbakeholden med å tilbakeføre omsorgen, er selvsagt hensynet til barnet som er det grunnleggende hensyn bak alle vurderinger etter barnevernsloven...” (s. 675).

Førstevoterende sier bare at disse vurderingene må bli skjønnsmessige og konkrete og ingenting om hva han anser som barnets beste i denne saken, eller i hvilken retning barnets beste trekker. Det er ikke til å komme fra at det er svært vanskelige vurderinger som må foretas i slike saker om tilbakeføring. Høyesterett er i en situasjon hvor de må velge mellom fosterhjemmet og foreldrehjemmet, og det kan være svært utfordrende i vanskelige grensetilfeller.

I **Rt. 1992/1303** er spørsmålet for Høyesterett om en gutt på snart fem år skal tilbakeføres til foreldrene. Gutten og hans to eldre halvsøsken ble plassert i fosterhjem etter at moren fikk en psykisk knekk og i utstrakt grad misbrakte smertestillende medikamenter. Far misbrakte alkohol og forårsaket stadig husbråk. Gutten hadde bodd to år i fosterhjem da saken kom opp for Høyesterett. Hensynene som talte mot en tilbakeføring var blant annet de sakkyndiges uttalelser. De sakkyndige frarådet en tilbakeføring fordi de var i tvil om hvor stabil omsorgssituasjonen var blitt, og de så på tilbakefall til misbruk som sannsynlig. Mor hadde fortsatt psykiske problemer. De sakkyndige mente at gutten var påført skade som følge av omsorgssvikt og at en tilbakeføring ville innebære en fare for ytterligere skadevirkninger.

Det er tydelig at Høyesterett ikke er enig i de sakkyndiges uttalelser i denne saken, og de begrunner dette med at de vurderer bevisene på en annen måte. Høyesterett legger større vekt på vitners oppfattelse av omsorgssituasjonen og de eldre søskens væremåte. Høyesterett så også annerledes på misbruket enn de sakkyndige, og retten mente at når foreldrene ikke hadde misbrukt alkohol og medikamenter på over to år, så var misbruket et tilbakelagt stadium. Mor hadde fortsatt psykiske problemer men Høyesterett mente at dette ikke i avgjørende grad svekket hennes omsorgsevne. Videre mente Høyesterett at på bakgrunn av de eldre søskens væremåte i foreldrehjemmet, så fant man at de hadde en god omsorgssituasjon. Høyesterett var heller ikke enig i de sakkyndiges uttalelser om at det ikke var en nær følelsesmessig tilknytning mellom gutten og de biologiske foreldrene. Høyesterett mente at på bakgrunn av vitneuttalelser kunne det slås fast at det var en nær følelsesmessig tilknytning mellom E og hans foreldre. Høyesterett nevner ikke det biologiske prinsipp uttrykkelig, men resultatet er i samsvar med prinsippet. Det biologiske prinsippet har nok sin betydning for avgjørelsen selv om det ikke fremgår klart av teksten, for eksempel ved at Høyesterett vektlegger at det er en nær følelsesmessig tilknytning mellom gutten og foreldrene.

Høyesterett ser ikke denne saken som et vanskelig grensetilfelle. De sakkyndige fokuserer på at gutten endelig begynner å knytte seg til fosterforeldrene, mens Høyesterett fokuserer på tilknytningen til de biologiske foreldrene. Høyesterett sier at tilknytningen til de biologiske foreldrene er såpass god at eventuelle problemer i forbindelse med tilbakeføringen ikke vil skape varige problemer. Etter min mening får ikke Høyesterett frem en skikkelig vurdering av hva som vil være til guttens beste i denne saken. Det finnes eldre høyesterettsavgjørelser enn

denne som vurderer barnets behov og hva som vil være til barnets beste, slik at det er kritikkverdig at Høyesterett ikke vurderer barnets beste i denne saken også.⁶⁰

I **Rt. 1997/170** (dissens 4-1) fikk et pakistansk foreldrepar tilbake omsorgen for en seks år gammel gutt som hadde bodd i over fire år i en norsk fosterfamilie. Høyesterett synes avgjørelsen var vanskelig. Hensynene som talte mot en tilbakeflytting var for det første det langvarige fosterhjemsoppholdet på nærmere fem år. Gutten hadde en meget sterk tilknytning der og han var oppdratt som en norsk gutt, noe som kunne skape visse problemer for ham i en overgangsperiode.

Det som talte for en tilbakeføring var for det første det biologiske prinsipp. Høyesterett sier på s. 175: ”Det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre. Når barnet vokser opp i en familie der det vet at det opprinnelig ikke hører hjemme, vil det kunne oppstå problemer eller konflikter av en annen karakter enn ellers når barnet begynner å søke etter sin identitet. Slike problemer vil trolig forsterkes når barnet har en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn fosterforeldrene.” Høyesterett sier at dette må inngå i den samlede vurderingen om tilbakeføring skal skje. Høyesterett utdyper innholdet i det biologiske prinsippet ved å ta opp dette med at det å vokse opp i fosterhjem i seg selv kan skape problemer for barnet. Det følger kanskje visse utfordringer med ”stillingen” som fosterbarn, og disse utfordringene vil man slippe når man vokser opp hos sine biologiske foreldre. På side 177 i dommen sier Høyesterett: ”Jeg antar at det også vil være positivt for hans identitetsfølelse og selvilde, at han får vokse opp sammen med sine biologiske foreldre og også får vokse seg inn i deres livsform, kultur og religion.” Høyesterett tar dette med som et moment i den samlede vurderingen. Jeg forstår denne avgjørelsen slik at dette momentet kan veie opp for eventuelle overgangsproblemer som gutten måtte få i forhold til det å bryte med fosterforeldrene og flytte hjem til foreldrene. Høyesterett vektla også at de biologiske foreldrene hadde den nødvendige omsorgsevnen, og at gutten hadde hatt samvær med foreldrene. De sakkyndige var uenige i denne saken, og det har nok også hatt betydning for at gutten ble tilbakeført.

5.2.2 Saker hvor foreldrene ikke har fått medhold

Et eksempel på en tilbakeføringssak hvor det biologiske prinsipp ikke fikk gjennomslag er **Rt. 1982/764**. Saken gjaldt spørsmålet om tilbakeføring av en psykisk utviklingshemmet gutt på 6 år. Mor, far og søster var alle psykisk utviklingshemmet, og foreldrenes psykiske problemer begrenset deres muligheter som foreldre. Disse begrensningene ble ytterligere forsterket ved at barna krevde mer enn barn flest. Foreldrenes utgangspunkt som omsorgspersoner var dårlig. Førstevoterende sier: ”Det rettslige utgangspunkt for loven om barnevern av 17. juli 1953, som her kommer til anvendelse, er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette er også klart kommet til uttrykk i lovens forarbeider...” (s.770). Betydningen av de biologiske bånd kommer også til uttrykk på side 771, hvor retten sier at ”[d]ersom C kommer

⁶⁰ Rt. 1987/805 og Rt. 1984/77.

hjem til foreldrene, vil han møte kjærlighet og få styrket familietilknytning. For barn og foreldre er det normalt av vesentlig verdi å få leve sammen”.

Det hensynet som talte for en tilbakeføring var det biologiske prinsipp. De andre hensynene talte ganske klart i retning av å opprettholde omsorgsovertakelsen. Dette gjaldt selv om fosterhjemmet som gutten hadde bodd i til nå, ikke kunne fortsette å være fosterhjem. Den ene sakkyndige gikk så langt som til å si at selv en dårlig institusjon ville være å foretrekke for gutten fremfor foreldrehjemmet. Høyesterett legger stor vekt på de sakkyndiges uttalelser og følger deres anbefaling i denne saken. Et viktig moment for Høyesterett var at guttens utvikling ville bli utsatt for alvorlig fare i foreldrehjemmet.

Denne saken var nok ikke et vanskelig grensetilfelle slik som for eksempel Rt. 1991/668. Foreldrenes omsorgsmuligheter var her sterkt begrenset mens i Rt. 1991/668, var morens omsorgsevne god. Sammenligningen av disse to dommene viser at det biologiske prinsipp kan få mye vekt i saker hvor både foreldrenes og fosterforeldrenes omsorg er god, og det er vanskelig å velge mellom dem, slik situasjonen var i Rt. 1991/668. I saker hvor barnets beste går ganske klart i en retning og det biologiske prinsipp i en annen, vil ikke det biologiske prinsipp veie tyngst, slik som i Rt. 1982/764.

Dommen referert i **Rt. 1987/805** handlet om en fire år gammel jente som hadde bodd hos sine biologiske foreldre de første 14 måneder av sitt liv. Foreldrene misbrukte narkotika og var umodne. Høyesterett sier innledningsvis: ”Det må...tas hensyn til at lovens utgangspunkt er at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre”. Det som talte for en tilbakeføring var altså det biologiske prinsipp, og at mor hadde hatt en oppsiktsvekkende og beundringsverdig positiv utvikling. Narkotikamisbruket var et tilbakelagt stadium og hun hadde utvist stabilitet i sin livsførsel. Hjemmet moren kunne tilby var i tillegg et hjem fylt av varme.

Hensynene som talte mot en tilbakeføring var at barnet var kontaktskadet fra tiden hun bodde med de biologiske foreldrene. De sakkyndige mente at selv om mor har hatt en god utvikling, så ville hun ikke kunne fylle barnets behov på en tilfredsstillende måte. De mente at mor var uselvstendig, uttrygg, passiv og initiativløs. I tillegg hadde hun en dårlig evne til innlevelse i barns behov og funksjon. Selv om hjemmet var fylt av varme så manglet det struktur og grensesetting. Høyesterett mente at de sakkyndiges standpunkt i saken var vel underbygget og fulgte deres anbefaling. På grunn av barnets psykiske skade måtte det stilles spesielle krav til omsorgspersoner og oppvekstmiljø. Høyesterett brukte ikke ordene ”barnets beste”, men sa at jenten hadde behov for å få stabile omsorgspersoner, og at hun trengte et hjem med en høy grad av struktur sammen med menneskelig varme. At Høyesterett vurderte hva som var jentens behov sammenfaller med en vurdering av barnets beste. Etter min mening er det svært positivt at Høyesterett ser på hvilke behov det konkrete barnet har, og vurderer de ulike omsorgsalternativene opp mot dette. Jeg har etterlyst dette i analysen av dommen inntatt i Rt. 1992/1303, se punkt 5.2.1. Etter min mening bør det fremgå klart i en avgjørelse at Høyesterett har hatt det konkrete barns behov for øyet.

Jenten i saken hadde bare bodd åtte måneder i fosterhjemmet men likevel hadde hun funnet seg godt til rette der og knyttet seg til familien. Høyesterett mente det ville bli en betydelig

belastning for henne å flytte, og at det måtte utvises ”atskillig tilbakeholdenhet med å gjøre endringer i hennes livssituasjon.” Etter min mening viser også denne dommen at det biologiske prinsipp må vike dersom barnets beste trekker ganske klart i motsatt retning.

Dommen referert i **Rt. 1984/77** handlet om en åtte år gammel gutt som hadde bodd fem år borte fra foreldrene. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var at begge foreldrene hadde alkoholproblemer. Det som talte mot en tilbakeføring var at gutten i følge de sakkyndiges uttaleser, var psykisk skadet og hadde følelsesmessige problemer. Foreldrene var ikke i stand til å dra omsorg for gutten, og de manglet den nødvendige innsikt i hans problemer, og evne til å hanskles med vanskelighetene som ville melde seg ved en tilbakeflytting. Det ville være klart skadelig og nedbrytende for den personlige utviklingen til gutten å flytte. Ved en tilbakeflytting ville det oppstå skadevirkninger både på kortere og lengre sikt. På lengre sikt kunne det bli tale om varig funksjonshemming med bakgrunn i uløste psykiske konflikter. De sakkyndige virker ganske klar i sin tale i denne saken, og det synes ikke som et vanskelig grensetilfelle. Det er svært få, eller ingen hensyn som taler for en tilbakeflytting. Høyesterett nevner ikke det biologiske prinsipp uttrykkelig, men uttaler: ”Når man må bygge på at en tilbakeføring, som i dette tilfelle, vil kunne være til skade for barnet, må etter mitt syn foreldrenes interesse vike for hensynet til barnets beste.” Denne dommen viser også at det biologiske prinsippet må vike når hensynet til barnets beste trekker klart i motsatt retning.

Dommen referert i **Rt. 1986/946**, handler om en åtte år gammel jente som hadde bodd borte fra mor siden hun var tre måneder gammel. Mor hadde et stoff- og alkoholmisbruk. Det som talte for en tilbakeføring var for det første det biologiske prinsipp, som Høyesterett viser til på side 949. I tillegg hadde mor hatt en beundringsverdig rehabilitering og levde nå i et ekteskap under gode forhold. Hun hadde hatt en stabil atferd i en del år, men fikk likevel ikke medhold i søksmålet.

Det som talte mot en tilbakeføring var for det første det langvarige fosterhjemsoppholdet. Fosterfamilien hadde fungert som en vanlig kjernefamilie, og jenten hadde et søskenforhold til det andre fosterbarnet. I tillegg mente de sakkyndige at det forelå en klar og reell risiko for alvorlige og varige psykiske skadevirkninger. Det hadde vært en bekymring rundt jentens psykiske tilstand i den senere tid på grunn av rettssaken. Høyesterett kom med en viktig uttalelse på side 949, hvor de sa at hvis problemene i forbindelse med separasjon fra fosterforeldrene ville være av forbigående natur, ville de ”ikke uten videre være avgjørende i forhold til den verdi som ligger i at hun får sin videre oppvekst hos sin mor...”. Høyesterett mente at dersom det kun var snakk om problemer av forbigående art i forbindelse med tilbakeflyttingen, så ville det biologiske prinsipp kunne oppveie dette. Når problemene ikke var av forbigående art, men det var risiko for varige psykiske problemer, så kunne ikke det biologiske prinsipp veie opp for dette.

5.3 Hvordan skal det biologiske prinsipp avveies mot andre hensyn?

5.3.1 Generelt om avveiningen

I dette underpunktet skal jeg oppsummere hensynene Høyesterett har vektlagt i dommene i forrige avsnitt. Jeg skal se på hvordan de ulike hensynene avveies mot hverandre, og hvordan de hver for seg eller samlet kan tale for tilbakeføring eller fortsatt opphold i fosterhjem. Målet er å finne frem til hvordan det biologiske prinsippet skal avveies mot andre hensyn, som for eksempel hensynet til barnets beste. Jeg vil også foreta egne vurderinger av hensynene og vektleggingen av dem.

Høyesterettspraksis i tilbakeføringssaker har vist at det biologiske prinsipp ikke kan begrunne en tilbakeføring alene. Dette er nokså selvsagt. I analysen fant jeg ikke at Høyesterett la mer vekt på det biologiske prinsippet i saker hvor foreldrene fikk medhold i kravet om tilbakeføring, enn i sakene hvor de ikke fikk medhold. Vurderingene som Høyesterett foretok i hver enkelt sak var sammensatt, og det var mange hensyn utenom det biologiske som spilte inn på resultatet. Høyesterett har vist seg lovgiverlojal ved at de som regel uttrykkelig påpeker og vektlegger lovens biologiske utgangspunkt. Ut fra analysen av dommene er det mange hensyn som er relevante i en vurdering av om et barn skal tilbakeføres. Det biologiske prinsipp og barnets beste er to av dem. Inn under vurderingen av barnets beste er det mange relevante hensyn: barnets tilknytning til fosterhjemmet, barnets spesielle behov, barnets sårbarhet, herunder om barnets problemer i forbindelse med tilbakeflytting vil være av forbigående eller varig art. Videre er det av betydning om barnets risikerer varige psykiske problemer ved tilbakeføring, de sakkyndiges vurderinger av hva som er til barnets beste, barnets egen mening, varigheten på fosterhjemsoppholdet, de biologiske foreldres omsorgsevne, de biologiske foreldrenes rehabilitering, de biologiske foreldrenes evne til å takle problemene som barnet får ved tilbakeføring, og barnets tilknytning til de biologiske foreldrene.

For at det i det hele tatt skal bli et spørsmål om å tilbakeføre barnet, må foreldrene kunne gi barnet "forsvarlig omsorg", jf. bvl. § 4-21 (1). Hvis foreldrene har god nok omsorgsevne i en normal målestokk, vil Høyesterett se på barnets tilknytning til fosterhjemmet og problemene det vil få ved en tilbakeføring. Ettersom Høyesterett ikke besitter barnefaglige kompetanse lytter de svært ofte til de sakkyndige, og etter mitt syn er dette forsvarlig. En høyesterettsdommer mangler de nødvendige forutsetninger for å finne ut hvordan et barns psykiske utvikling vil bli påvirket av en tilbakeføring. Her er det bra at Høyesterett kjenner sin begrensning og overlater vurderingen til de sakkyndige. I tilfeller hvor de sakkyndiges vurderinger ikke støttes av de andre bevisene i saken, er Høyesterett mer kritisk til å følge dem, se til eksempel Rt. 1992/1303. Hvis de sakkyndiges vurderinger støttes av de øvrige bevisene i saken, og de sakkyndige tror at barnet kun vil få problemer i en overgangsperiode etter tilbakeflytting, er Høyesterett tilbøyelig til å la det biologiske prinsipp og hovedregelen om tilbakeføring i § 4-21, få gjennomslag. Dersom barnets problemer i forbindelse med tilbakeføringen kan slå ut i varige psykiske skader, er Høyesterett tilbakeholden med å gi det biologiske prinsipp gjennomslag, se for eksempel Rt.1984/77.

Hvis det er risiko for at barnet får varige psykiske skader, bør man etter min mening ikke foreta en tilbakeføring. Barnet har hele livet foran seg, og for å gi barnet best mulige forutsetninger for å mestre voksenlivet må man strekke seg langt for å unngå å påføre barnet psykiske skader. Egenverdien av å vokse opp hos de biologiske foreldrene kan ikke veie opp for at barnet påføres varige psykiske skader. I et slikt tilfelle må det klart være best for barnet å forbli i fosterhjemmet.

En relevant problemstilling er hvor stor risiko for varig psykisk skade som må foreligge for at Høyesterett lar dette veie tyngre enn det biologiske prinsipp. Etter hva jeg kan se så har ikke Høyesterett sagt noe konkret om hvor stor risiko som kreves. Høyesterett ser mer på hvor sikker de sakkyndige er i sine vurderinger og om de eventuelt er uenige. Hvis de sakkyndige er uenige og i tvil, så er det ikke sikkert at det er tilstrekkelig til å fravike lovens hovedregel om tilbakeføring og det biologiske prinsipp. Se for eksempel Rt. 1991/668 hvor det kun var en av fire sakkyndige som hadde en sterk oppfatning om at gutten burde bli i fosterhjemmet. En annen sakkyndig var i tvil om hva hun skulle anbefale, og resultatet i saken ble tilbakeføring. I Rt. 1997/170 anbefalte den ene sakkyndige tilbakeføring mens den andre anbefalte at barnet skulle bli boende i fosterhjemmet. Tvil og uenighet blant de sakkyndige kan altså medføre at Høyesterett lar det biologiske prinsippet få gjennomslag. I de sakene hvor de sakkyndige har vært enige og temmelig sikker på at barnet kan få varige psykiske skader, og Høyesterett er enig i de sakkyndiges bevisvurdering, så har ikke barnet blitt tilbakeført.

Når barnet har en sterk tilknytning til fosterhjemmet, men det antas at barnet ikke er særlig sårbart og kun vil få problemer i en overgangsperiode, og de biologiske foreldrene er i stand til å imøtekomme problemene, så vil det biologiske prinsipp kunne få gjennomslag. Dersom barnet har en sterk tilknytning til fosterhjemmet og de biologiske foreldre ikke er i stand til å sette seg inn i barnets situasjon og overgangsproblemer i forbindelse med en tilbakeføring, så vil det kunne være nok til å fravike det biologiske utgangspunkt. Det siste var tilfelle i Rt. 1987/805, hvor mor ikke var i stand til å sette seg inn i barnets situasjon og problemer knyttet til en eventuell tilbakeføring. I nesten alle høyesterettsavgjørelsene som jeg har lest har barnet etablert en god tilknytning til fosterhjemmet, slik at det avgjørende er hvor alvorlige problemer barnet vil få ved en tilbakeføring, jf. bvl. § 4-21. Sandberg sier om dette: ”Forutsetningen for at en flytting skal bli ansett som så dramatisk for barnet at spørsmålet om å opprettholde omsorgen etter annet punktum oppstår, er at barnet har sin primære tilknytning til fosterforeldrene (eventuelt er i ferd med å etablere denne). Den nære tilknytningen til fosterforeldrene får større gjennomslag der barnet ikke samtidig har relativt nær tilknytning til de biologiske foreldre. Selv om barnet har et ganske godt forhold til sine biologiske foreldre, så finner retten i noen tilfeller at barnets sårbarhet tilsier at det ikke flyttes fra fosterforeldrene. Sårbarhet er ikke et spørsmål om enten/eller, men om grad”.⁶¹ Sårbarhet henger sammen med hvilke problemer barnet vil få ved flytting, og dersom barnet er sårbart er det større risiko for psykiske skader ved flytting enn hvis barnet er robust. Hvis barnet i saken er sårbart er det mer usikkert om det blir tilbakeføring.

⁶¹ Sandberg s. 236.

5.3.2 Et videre anvendelsesområde for det biologiske prinsipp?

Som jeg har vært inne på i kapittel 3 i forbindelse med presentasjonen av lovgivningen, kan det biologiske prinsipp ha betydning på et større område enn bare hvor barnet skal bo. Samvær eller andre former for kontakt mellom barnet og foreldrene kan bidra til å bevare den biologiske tilknytningen i de tilfeller hvor barnet ikke kan bo sammen med foreldrene. Sandberg sier om dette: ”Ut fra det biologiske prinsipp i denne videre forstand blir problemstillingen heller hvordan det biologiske bånd kan ivaretas under ulike forhold, enn om et biologisk utgangspunkt kan oppveies av andre argumenter ved spørsmål om omsorgsovertakelse eller tilbakeføring.”⁶² Etter min mening er dette en god forståelse av det biologiske prinsipp. Det biologiske prinsipp søker nettopp å bevare en tilknytning mellom foreldre og barn fordi dette har en verdi i seg selv, og da vil en vid forståelse av prinsippet være med på å bevare tilknytningen i flest mulig foreldre og barn forhold, og ikke bare når barnet bor med foreldrene.

5.4 Kan en sterk vektlegging av det biologiske prinsipp skade barnets interesser?

Når man skal vurdere å iverksette et tvangsinngrep i en familie, må det tas hensyn til lovens biologiske grunnsyn. Det biologiske utgangspunktet kan føre til at det iverksettes hjelpetiltak i stedet for omsorgsovertakelse. Hvis hjelpetiltak i stedet for omsorgsovertakelse er til barnets beste i den konkrete sak, så er det ikke betenkelig at man legger stor vekt på det biologiske prinsipp. Det som er problematisk er hvis respekten for det biologiske prinsipp hindrer at barnet får riktig hjelp til rett tid. Det biologiske prinsippet har vært til skade for barnets interesser, hvis hjelpetiltakene fører til at barnet lever for lenge i en uholdbar omsorgssituasjon hvor det burde ha vært foretatt en omsorgsovertakelse.

Barnevernloven § 4-21 stiller strenge krav for å nekte tilbakeføring, ved at tilbakeføringen må kunne føre til ”alvorlige problemer” for barnet. Hovedregelen om tilbakeføring har som nevnt sin begrunnelse i det biologiske prinsipp. Etter min mening samsvarer lovens vurderingstema ”alvorlige problemer”, dårlig med kravene i bvl. § 4-1, og barnekonvensjonen art. 3, om at tiltaket må være til barnets beste. Kravet om alvorlige problemer fører til vurderinger av hvor store og varige problemer som kan godtas for at barnet skal tilbakeføres, i stedet for at vurderingen dreier seg om hvilken løsning som vil være til barnets beste. Slik lovens ord er kan det risikeres at et barn blir flyttet tilbake til foreldrene selv om det ikke er til barnets beste. Etter mitt syn er det vanskelig å se det biologiske prinsipp som en god nok begrunnelse for en prioritering av det biologiske hjem i disse sakene.

Det er viktig for barnet at dets situasjon vurderes konkret i den enkelte sak, og ikke er forhåndsbundet på den måten at det biologiske prinsipp kommer inn i vurderingen med en forhåndsbestemt stor vekt. Sandberg ønsker ikke at vurderingen skal begrenses til spørsmål om tilknytningen mellom biologiske foreldre og barn, og brudd i denne tilknytningen. Hun sier at ”...terskelen for å nekte tilbakeføring er etter gjeldende rett uansett ”alvorlige

⁶² Sandberg s. 426.

problemer”, og det er etter mitt syn grunn til å diskutere om det er riktig å ha et såvidt strengt vilkår. Alternativt kan bestemmelsen si at omsorgen likevel ikke skal oppheves hvis det etter en samlet vurdering ikke vil være til barnets beste.”⁶³ Jeg er enig med Sandberg i at barnets beste er et bedre egnet vurderingstema enn ”alvorlige problemer”. Et vurderingstema som barnets beste vil øyeblikkelig føre tanken inn på et riktig spor, nemlig å finne en løsning som skaper best mulige livsforhold for det konkrete barnet. Et slikt vurderingstema vil også være mer i samsvar med kravet i barnekonvensjonen art. 3(1).

Lovens syn er at man nullstiller situasjonen når barnet flytter tilbake til de biologiske foreldrene, myndighetens inngrep er dermed opphørt. Sett fra barnets side vil det ikke nødvendigvis være slik at situasjonen nullstilles ved tilbakeføring. For mange barn vil nok heller tilbakeføringen føles som et inngrep fordi de blir fjernet fra sine nære omsorgspersoner. Sandberg sier om dette: ”Den vanlige forvaltningsrettslige tenkningen ser inngrep fra det offentlige først og fremst med foreldrenes øyne. Kanskje er det nødvendig å tenke annerledes ut fra barnets ståsted”.⁶⁴ Etter hva jeg kan se er det også langt flere avgjørelser fra Høyesterett hvor omsorgsovertakelsen blir opprettholdt enn avskaffet, så kanskje det er på tide å revurdere hovedregelen om tilbakeføring og det strenge kravet for å foreta unntak fra denne.

Det er lett å se det biologiske prinsipp som et hensyn for foreldrene ettersom det alltid taler for det foreldrene ønsker. Prinsippet har imidlertid også en side rettet mot barnet ved at tilknytningen til de biologiske foreldrene anses som en ressurs for barnet. Hvis det biologiske prinsippet får for mye vekt kan det derimot skyve den konkrete vurderingen av barnets beste i bakgrunnen. Sandberg sier at det ofte er lettere å avgjøre en sak ut fra et prinsipp som legger opp til et resultat i en bestemt retning, enn ut fra en konkret vurdering. Fokuseringen på prinsippet kan føre til at man overser de dramatiske konsekvensene en avgjørelse i den ene eller andre retningen kan ha for barnets liv.⁶⁵ Jeg er enig i dette, og konklusjonen min er at en sterk vektlegging av det biologiske prinsipp kan være til skade for barnets interesser.

⁶³ Sandberg s. 428-429.

⁶⁴ Sandberg s. 428.

⁶⁵ Sandberg s. 425.

6. Avsluttende vurderinger og konklusjoner

I denne avhandlingen har det vært redegjort for det biologiske prinsipp som er ett av de fire grunnleggende prinsipper i barnevernretten. Kjernen i det biologiske prinsippet er at det er foreldrene som har ansvaret for å oppfostre sine barn, og at tilknytningen til foreldrene i seg selv er en ressurs for barnet. For å få grep om forholdet mellom det biologiske prinsippet og prinsippene om barnets beste og det mildeste inngreps prinsipp, har det vært redegjort også for disse prinsippene. Det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp går langt på vei i samme retning. Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at det ikke skal foretas et større inngrep i familien enn nødvendig, og det biologiske prinsipp har som mål at barnet skal vokse opp i den biologiske familien. Barnets beste og det biologiske prinsipp går også til en viss grad i samme retning ved at det i utgangspunktet er best for barnet å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Denne presumsjonen har som vi har sett sine begrensninger. Dersom det legges for stor vekt på det biologiske prinsipp kan det skade barnets interesser, for eksempel ved at man i lang tid prøver med hjelpetiltak i hjemmet selv om omsorgsvikten er så alvorlig at det ville være til barnets beste å flytte til en fosterfamilie.

I avhandlingen har det også vært redegjort for tiltaksbestemmelsene i barnevernloven, og vi har sett hvordan det biologiske prinsippet på mange måter ligger til grunn for bestemmelsene. Når det skal tas i betraktning at det er foreldrene som skal oppfostre sine barn, vil det biologiske prinsipp komme inn i vurderingen av om, og eventuelt hvilke, tiltak som skal iverksettes. Det biologiske prinsippet kommer også inn i den skjønnspregede vurderingen av om det skal foretas en omsorgsovertakelse, og her vil det ha en forhåndsbestemt stor vekt. Som Sosiallovutvalget sa så er utgangspunktet at det er de biologiske foreldrene som skal oppfostre sine barn selv om det kan påvises svikt i omsorgen, se punkt 2.3.

Barnevernloven stiller krav om at en tilbakeføring etter omsorgsovertakelse må kunne føre til ”alvorlige problemer” for barnet dersom man skal foreta et unntak fra hovedregelen. Med disse ordene stilles det høye krav. Varige psykiske skadevirkninger som følge av en tilbakeføring er alvorlige problemer. Kortsiktige problemer i forbindelse med tilbakeføringen blir godtatt av Høyesterett, dersom foreldrene er i stand til å imøtekomme disse problemene. Det biologiske prinsipp kan imidlertid ikke veie opp for at barnet kan bli varig psykisk skadet, noe som Høyesterett har slått fast i flere dommer. En varig psykisk skade vil medføre en funksjonshemming som vil kunne prege barnet resten av livet. Hvis det er en risiko for dette kan det ikke begrunne en tilbakeføring at det er en egenverdi for barnet å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Etter mitt syn er det ingen momenter som er gode nok til å begrunne en tilbakeføring dersom barnet risikerer varige psykiske problemer. Det kan heller ikke stilles for strenge krav til hvor stor risikoen må være for at barnet kan få varige psykiske problemer, ettersom for strenge krav vil gå på tvers av hensynet til barnets beste. Jeg er enig i Sandbergs argumenter for å endre vurderingstemaet for tilbakeføring i bvl. § 4-21, fra ”alvorlige problemer” til barnets beste. Dagens strenge vilkår begrenser vurderingen til et spørsmål om tilknytningen mellom biologiske foreldre og barn, og brudd i denne, og det kan da risikeres en

tilbakeføring selv om det ikke vil være til barnets beste. Barnets beste vil være et bedre egnet vurderingstema fordi tanken øyeblikkelig vil komme inn på et mer riktig spor, og man vil lettere få et fokus på det konkrete barns behov.

Etter en langvarig og god fosterhjemsplassering vil barnet som oftest være svært knyttet til fosterforeldrene, og de vil være barnets psykologiske foreldre. En atskillelse fra fosterforeldrene vil kunne bli svært tung for et sårbart barn, og det kan være risiko for varige psykiske skader. Etter min mening er det svært bra at det biologiske prinsipp ikke får gjennomslag i slike saker, fordi ellers ville man gått for langt i å verne foreldrenes interesser på bekostning av barnets. Problemet med denne typen saker er at mange av dem ligger i grenseland, og det er vanskelig for en dommer å måtte velge mellom det biologiske hjem og fosterhjemmet. At disse vurderingene i tillegg er så skjønnspregede åpner opp for at dommerens eget verdisyn kan spille en stor rolle for sakens resultat. Dette kan gå ut over rettssikkerheten til barnet så vel som foreldrene, men på grunn av disse avgjørelsenes konkrete og vanskelige natur er det umulig å lovregulere hele vurderingen. Som en følge av dette har de myndigheter som anvender barnevernloven et spillerom for skjønn. Det er da viktig at disse myndighetene vektlegger hensynet til barnets beste og at resultatet i sakene er i samsvar med barnets beste. Etter min mening er det betenkelig hvis det ikke fremgår at barnets beste er vurdert, slik som for eksempel i Rt. 1992/1303.

Det er klart at foreldre føler en spesiell tilhørighet til sine barn og til det å få oppfostre sine barn. I de aller fleste tilfeller vil det også være av stor verdi for barnet å få vokse opp hos sine biologiske foreldre og sammen med sine søsken. Det biologiske prinsipp er et selvsagt utgangspunkt i norsk barnvernrett. Etter min mening kan det imidlertid ikke være mer enn et utgangspunkt med en nokså begrenset forhåndsbundet vekt i vurderingene etter barnevernloven. Begrunnelsen for mitt syn er at prinsippet ikke legger opp til noen konkret vurdering slik som prinsippet om barnets beste. Prinsippet har et snevert innhold og det går langt i å verne foreldrenes interesser og ikke barnets.

Sandberg sier at barnevernloven i dag bygger på det snevre biologiske utgangspunkt, som fremhever det å bo sammen som den eneste måten å ivareta det biologiske bånd på. Hun argumenterer for at det biologiske prinsipp bør ha et videre innhold enn dette, hvis ikke fremhever det mer foreldrenes interesser enn barnets.⁶⁶ Biologiske foreldre kan ha en rolle i barnets liv selv om barnet ikke bor hos dem. ”Det kan være grunn til å fremme det inkluderende foreldreskap, i motsetning til det ekskluderende.”⁶⁷ Dagens biologiske prinsipp går langt i å verne foreldrenes interesser, mens en videre forståelse av det biologiske prinsipp er mer egnet til å ivareta barnets interesser. Med en videre forståelse av det biologiske prinsippet kan barnet bli boende hos fosterforeldrene og opprettholde kontakten med de biologiske foreldrene gjennom samvær.

⁶⁶ Sandberg s. 426.

⁶⁷ Sandberg s. 426.

7. Litteraturliste

Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 9. utgave ved Arne Fliflet, Universitetsforlaget, Oslo 2003.

Eckhoff, Torstein, Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 7. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2003.

Grøslund, Anne Margrete (redaktør), *Barnekonvensjonen: rettigheter for barn i Norge*, Tano, Oslo 1993.

Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Saga, Elin, Sandberg, Kirsten (redaktører), *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*, Universitetsforlaget, Oslo 2008.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2003.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2008.

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2003.

Scheie, Martine, *FNs barnekonvensjon: Fra visjon til kommunal virkelighet*, Oslo, Norsk senter for menneskerettigheter ved Universitetet i Oslo.

Smith, Lucy, *Barn, foreldre og menneskerettigheter*, Jussens Venner hefte 3, 1991.

Stang, Gording, Elisabeth, *Det er barnets sak*, Universitetsforlaget, Oslo 2007.

UNICEF (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (ed. By Hodgkin, Rachel and Newell, Peter), 3rd edition, Geneva, UNICEF.